



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD
Programa de Doutorado em Direito

Kátia Silene Sarturi

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O TEMA DO ATIVISMO DEMOCRÁTICO-
CONSTRUTIVO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: POSSIBILIDADES,
LIMITES E CASUÍSTICA**

Brasília
2020

Kátia Silene Sarturi

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O TEMA DO ATIVISMO DEMOCRÁTICO-
CONSTRUTIVO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: POSSIBILIDADES,
LIMITES E CASUÍSTICA**

Tese apresentada como requisito para conclusão do curso de Doutorado do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho.

Brasília

2020

SARTURI, Kátia Silene.

O Supremo Tribunal Federal e o tema do ativismo democrático-constutivo na implementação de políticas públicas: possibilidades, limites e casuística/
Kátia Silene Sarturi; orientador Inocêncio Mártires Coelho – Brasília, 2020, 355p.

Tese [Doutorado em Direito] – Centro de Ensino Universitário de Brasília, 2020.

SUMÁRIO: Introdução; CAPÍTULO 1. Topografia do ativismo democrático-constutivo do Supremo Tribunal Federal; CAPÍTULO 2. Democracia Judicial: legitimidade do ativismo judicial constitucional; CAPÍTULO 3. Ativismo Democrático-Constutivo nas Políticas Públicas; CAPÍTULO 4. O protagonismo do Supremo Tribunal Federal nas Políticas Públicas; Considerações Finais-Conclusões; Referências.

Kátia Silene Sarturi

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O TEMA DO ATIVISMO DEMOCRÁTICO-
CONSTRUTIVO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: POSSIBILIDADES,
LIMITES E CASUÍSTICA**

Tese apresentada como requisito para
obtenção do grau de Doutora em Direito pelo
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Doutor Inocêncio
Mártires Coelho.

Brasília, 22 de abril de 2020.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Inocêncio Mártires Coelho (Presidente)

Professor Doutor João Rezende Almeida Oliveira (Membro Externo)

Professor Doutor José Eduardo Sabo Paes (Membro Externo)

Professor Doutor Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (Membro UniCeub)

Professor Doutor Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto (Membro UniCeub)

Professor Doutor Jefferson Carlos Carús Guedes (Membro UniCeub)

Ao Prof. Dr. Inocência Mártires Coelho,
por Ser, simplesmente.

AGRADECIMENTOS

Tributo à gratidão o traço mais elevado do bom caráter e da humildade que sempre precede a honra. E se me é fácil o sentimento da gratidão, o mesmo não posso dizer quanto a sua declaração, eis a razão que os agradecimentos destas linhas referem-se àquela parte de registro obrigatório, mas não exclusivo.

Ao Onipotente, porque tudo pertence a Ele;

Ao professor Pedro Chaves dos Santos Filho, que, sendo o primeiro a ouvir sobre minha intenção em cursar um doutorado, entusiasmaticamente acreditou na ideia e indicou o Centro Universitário de Brasília – UniCEUB;

Aos Dr. Marcos Marcello Trad, Dr. Alexandre Ávalo Santana e Dr. Marcelino Pereira dos Santos, por autorizarem minhas viagens semanais a Brasília nos últimos três anos, sem prejuízo do exercício das minhas funções junto à Procuradoria-Geral do Município, o que, sei, exigiu adequações na agenda e tarefas de todos de acordo com a minha disponibilidade;

Ao meu orientador, Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho, pela honra que me concedeu ao aceitar a orientação, por todas as aulas, palavras e ensinamentos, indelevelmente registrados no mármore da minha memória;

Ao professor Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, pela paciência e dedicação em discutir o tema desta tese, a qualquer hora, em qualquer lugar, com carinho e respeito as minhas limitações, permitindo-me o diálogo doutrinário e filosófico sem constrangimentos, mesmo sendo abissal a nossa diferença acadêmica, cultural e intelectual;

Aos professores e funcionários da secretaria (Fernanda, Fernando e Marley) do Programa de Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, por mostrarem os caminhos e acenderem luzes;

Ao professor Dr. Hector Valverde Santana, o primeiro professor que tive aula no Doutorado, ainda como aluna especial, na disciplina de Teoria Geral do Direito, por receber seus alunos com a altruísmo, encorajando-nos acreditar que chegaríamos ao dia de hoje;

Aos colegas de Doutorado, em nome do Dr. Carlos Frederico Santos (Fred), padrinho da minha orientação, e do Dr. Sérgio Ricardo de Freitas Cruz, discípulo dedicado do Prof.

Inocência, por me receberem com simpatia nas aulas, grupos de estudo e trabalho, facilitando minha rotina acadêmica nos quatro anos de idas e vindas a Brasília;

Aos meus pais, Onorino Sarturi e Iraci Maria Tonieto Sarturi, por acolherem meus sonhos sem nenhuma restrição, pelo alicerce moral que ampara minha vida e por viabilizarem integralmente este projeto;

À amada filha Laiza Chadid, por ser razão da minha razão e por compreender minha ausência sem nenhuma exigência;

Aos irmãos Marcos e Jhones, minhas cunhadas Fracielli e Amanda, e meu afilhado Fabrizio, pelas palavras e gestos de incentivo neste projeto e em todos os outros;

Ao amigo Dr. Jerson Carneiro Gonçalves Junior, por todas as longas e proveitosas conversas sobre o Direito e a vida, sem dúvida todas utilizadas nesta tese;

À amiga de uma vida, Luísa Cheade, pela formatação da tese, realizada inúmeras vezes, todas com urgência e muito trabalho, e pelas palavras dóceis nos dias de angústia;

Aos amigos Adriana, Aline, Amanda, Andrey, Charles, Eduardo, Francicléia, Jaime, Laio, Mariana, Igor, Rafael, Rodrigo, Rui, pelo carinho incomum demonstrado nas mais diferentes situações, que achei melhor guardar no coração a enumerar neste parágrafo (seriam outras 300 páginas) e pela certeza de que sem vocês não seria possível;

Aos procuradores municipais, servidores e amigos da Procuradoria-Geral do Município de Campo Grande – MS, aos servidores públicos do Município, aos alunos, colegas e amigos advogados, professores, clientes, contribuintes e todos aqueles que fizeram parte dos meus dias, porque a caminhada foi construída com a colaboração de todos, inexoravelmente.

“O fato de um ou vários homens inventarem
uma nova ideia ou um novo sentimento não
faz variar o perfil da história, o tom dos
tempos, como não muda a cor do Atlântico
porque um pintor de marinhas limpe nele seu
pincel embebido em vermelhão.

Por isso preferimos dizer, para os efeitos da
história, que homem é todo ser vivente que
pensa com sentido e que por isso podemos
entendê-lo. O pressuposto mínimo da história
é que o sujeito de quem fala possa ser
entendido”.

José Ortega y Gasset

“Não creio que na filosofia do Direito – e nem
provavelmente em nenhuma, ou quase
nenhuma, ciência social ou ramo filosófico –
haja algo de real importância que não possa ser
dito de maneira compreensível para qualquer
pessoa medianamente culta e disposta a
despender um esforço sério para entendê-lo”.

Manuel Atienza

RESUMO

A presente tese tem como tema o protagonismo do Supremo Tribunal Federal na construção de políticas públicas no contexto do Brasil contemporâneo. A esse protagonismo a literatura denomina de ativismo judicial. Revisão bibliográfica nos dá conta de que mencionado protagonismo encontra, ao mesmo tempo, ferrenhos críticos, bem como entusiastas e defensores. Assim, aferindo-se os avanços que esse protagonismo efetivamente representa, sustenta-se que um ativismo democrático-constutivo é componente inevitável e necessário para o avanço de políticas públicas no Brasil. O ineditismo da proposta consiste na compreensão do ativismo democrático-constutivo como manifestação inevitável e necessária do ativismo constitucional, gênero (praticado por todo Poder) revelado pela espécie primeira, ativismo judicial (praticado pelo Judiciário), consolidado como fruto da sociedade atual e em resposta às crises institucionais dos Poderes, especialmente o Legislativo e o Executivo. O ativismo democrático-constutivo localiza-se na defesa da opinião contramajoritária e em matéria das políticas públicas, como indispensável na construção de arranjos institucionais que enfrentem as desigualdades de um país historicamente periférico no contexto do modelo capitalista. A tese propõe um quadro discursivo que enfrente várias instâncias afetas ao problema. Sustenta-se em marcos teóricos que explicitam visões prospectivas da atuação de cortes constitucionais. Escora-se nos trabalhos de Inocêncio Mártires Coelho, cujos aportes à utilização de uma hermenêutica valorativa substancializam uma ação prospectiva do julgador. No mesmo sentido, ampara-se nos escritos e na atuação empírica dos Ministros Luís Roberto Barroso e Carlos Ayres Britto, por seus papéis iluministas protagonizados no STF. Inegável que esses autores, de alguma forma, transpõem para o pensamento constitucional brasileiro uma leitura moral e compreensiva dos marcos constitucionais. A tese sustenta como referência que sintetiza todas essas orientações, iniciando com a retomada de elementos mínimos, em forma de conceitos, sem os quais o intérprete não avança prospectivamente na compreensão do problema e como uma carta de navegação, no desenho da qual são retomadas percepções como Estado, presidencialismo, federalismo, democracia e equilíbrio entre os poderes. Na sequência, explora-se o debate em torno do papel contramajoritário de cortes constitucionais. E porque a tese vincula a atuação judicial à construção de políticas públicas, necessário que se faça uma estação, ainda que minimalista, em torno desse tema, que é também central nas formulações institucionais contemporâneas. Exploram-se, também, teorias de interpretação, objetivando captar o sentido de uma hermenêutica de construção de valores e ações, que a tese julga característica da ação do STF no período estudado. Feitas essas considerações propedêuticas, inicia-se o rumo essencialmente mais jurídico, explorando a casuística do STF. Com tal objetivo, alguns casos foram selecionados, levando-se em conta o potencial transformador, na cultura jurídica e na ação social. As opções foram tomadas na compreensão de que os casos observados são substancialmente emblemáticos e identificadores de um esforço de intervenção positiva. Sem esgotar a discussão sobre o tema, um conjunto de conclusões encerra o esforço que se apresenta.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal. Políticas públicas. Ativismo Constitucional. Ativismo Judicial. Ativismo democrático-constutivo.

ABSTRACT

This thesis has as its theme the protagonism of the Federal Supreme Court in the construction of public policies in the context of contemporary Brazil. This protagonism literature calls judicial activism. Bibliographic review tells us that this protagonism meets, at the same time, strong critics as well as enthusiasts and defenders. Thus, by assessing the advances that this protagonism actually represents, it is argued that a constructive democratic activism is an inevitable and necessary component for the advancement of public policies in Brazil. The originality of the proposal consists in the understanding of constructive democratic activism as an inevitable and necessary manifestation of constitutional activism, gender (practiced by all Powers) revealed by the first species, judicial activism (practiced by the Judiciary), consolidated as a result of the current society and in response to institutional crises of the Powers, especially the Legislative and the Executive. Constructive-democratic activism is located in the defense of defamatory opinion and public policy, as indispensable in the construction of institutional arrangements that address the inequalities of a historically peripheral country in the context of the capitalist model. The thesis proposes a discursive framework that faces several instances related to the problem. It is based on theoretical frameworks that clarify prospective views of the performance of constitutional courts. It is anchored in the works of Inocencio Mártires Coelho, whose contributions to the use of a valuing hermeneutic substantiate a prospective action of the judge. In the same vein, it is based on the writings and empirical performance of Luís Roberto Barroso and Minister Carlos Ayres Britto, for their illuminist roles in the STF. Undeniably, these authors somehow transpose into Brazilian constitutional thought a moral and comprehensive reading of the constitutional frameworks. The thesis holds as a reference that synthesizes all these orientations, starting with the retaking of minimal elements, in the form of concepts, without which the interpreter does not advance prospectively in understanding the problem and as a navigation chart, in the design of which perceptions are resumed. as state, presidentialism, federalism, democracy and balance of powers. Next, the debate around the counter-legal role of constitutional courts is explored. And because the thesis links judicial action to the construction of public policies, it is necessary to make a station, albeit a minimalist one, around this theme, which is also central to contemporary institutional formulations. Interpretation theories are also explored, aiming to capture the meaning of a hermeneutics of values and actions construction, which the thesis considers characteristic of the STF action in the studied period. Having made these propaedeutic considerations, the essentially more juridical course begins, exploring the case study of the Supreme Court. To this end, some cases were selected, taking into account the transformative potential in legal culture and social action. The choices were made in the understanding that the observed cases are substantially emblematic and identify a positive intervention effort. Without exhausting the discussion on the subject, a set of conclusions concludes the effort presented.

KEYWORDS: Federal Supreme Court. Public Politics. Constitutional. Activism. Judicial. Activism. Democratic-Constructive Activism.

SOMMARIO

Questa tesi ha come tema il protagonista della Corte suprema federale nella costruzione di politiche pubbliche nel contesto del Brasile contemporaneo. Questa letteratura sul protagonismo chiama attivismo giudiziario. La revisione bibliografica ci dice che questo protagonista incontra, allo stesso tempo, critici forti, nonché appassionati e difensori. Pertanto, tenendo conto dei progressi che questo protagonista rappresenta in realtà, si sostiene che un attivismo democratico costruttivo sia una componente inevitabile e necessaria per il progresso delle politiche pubbliche in Brasile. L'originalità della proposta consiste nella comprensione dell'attivismo democratico costruttivo come manifestazione inevitabile e necessaria dell'attivismo costituzionale, genere (praticato da tutti i Poteri) rivelato dalla prima specie, attivismo giudiziario (praticato dalla Magistratura), consolidato come risultato della società attuale e in risposta a crisi istituzionali dei Poteri, in particolare Legislativo ed Esecutivo.. L'attivismo costruttivo-democratico si trova nella difesa dell'opinione diffamatoria e delle politiche pubbliche, come indispensabili nella costruzione di accordi istituzionali che affrontano le disuguaglianze di un paese storicamente periferico nel contesto del modello capitalista. La tesi propone un quadro discorsivo che affronta diversi casi legati al problema. Si basa su quadri teorici che chiariscono le prospettive future sull'esecuzione delle corti costituzionali. È ancorato alle opere di Inocencio Mártires Coelho, i cui contributi all'utilizzo di un'ermeneutica valorizzante sostengono un'azione prospettica del giudice. Allo stesso modo, si basa sugli scritti e sulla performance empirica di Luís Roberto Barroso e del ministro Carlos Ayres Britto, per i loro ruoli illuministi nella STF. Innegabilmente, questi autori in qualche modo traspongono nel pensiero costituzionale brasiliano una lettura morale e completa dei quadri costituzionali. La tesi si basa come riferimento che sintetizza tutti questi orientamenti, a partire dalla riconquista di elementi minimi, sotto forma di concetti, senza i quali l'interprete non avanza in modo prospettico nella comprensione del problema e come una carta di navigazione, nel disegno di cui riprendono le percezioni. come stato, presidenzialismo, federalismo, democrazia ed equilibrio dei poteri. Successivamente, viene esplorato il dibattito sul ruolo contro-legale delle corti costituzionali. E poiché la tesi collega l'azione giudiziaria alla costruzione di politiche pubbliche, è necessario creare una stazione, sebbene minimalista, attorno a questo tema, che è anche centrale nelle formulazioni istituzionali contemporanee. Vengono anche esplorate le teorie interpretative, che mirano a catturare il significato di un'ermeneutica della costruzione di valori e azioni, che la tesi considera caratteristica dell'azione STF nel periodo studiato. Dopo aver fatto queste considerazioni propedeutiche, inizia il corso essenzialmente più giuridico, esplorando il caso di studio della Corte Suprema. A tal fine, sono stati selezionati alcuni casi, tenendo conto del potenziale di trasformazione della cultura giuridica e dell'azione sociale. Le scelte sono state fatte nella comprensione che i casi osservati sono sostanzialmente emblematici e identificano uno sforzo di intervento positivo. Senza esaurire la discussione sull'argomento, una serie di conclusioni conclude lo sforzo presentato.

PAROLE CHIAVE: Corte Suprema Federale. Politiche Pubbliche. Attivismo Costituzionale. Attivismo Giudiziario. Attivismo Democratico-Costruttivo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1. TOPOGRAFIA DO ATIVISMO DEMOCRÁTICO- CONSTRUTIVO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	21
1.1 Estado, Presidencialismo, Federalismo, Separação dos Poderes.....	21
1.2 Cronologia da visão dos filósofos clássicos sobre a atuação do Poder Judiciário.....	40
1.3 Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras	50
CAPÍTULO 2. DEMOCRACIA JUDICIAL: LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL CONSTITUCIONAL.....	61
2.1 Constitucionalismo e jurisdição constitucional	64
2.2 Controle de constitucionalidade das políticas públicas	81
2.3 Poder Contramajoritário e Representativo.....	99
2.4 Estado Constitucional de Direito em uma Sociedade Complexa	112
2.5 O papel das Cortes Constitucionais no mundo contemporâneo	119
CAPÍTULO 3. ATIVISMO DEMOCRÁTICO-CONSTRUTIVO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS	143
3.1 Política e Direito: conceito jurídico de políticas públicas e os parâmetros para sua escolha	148
3.2 Contornos do conceito do Ativismo Judicial: autoridade da lei <i>versus</i> liberdade jurisprudencial	162
3.3 Hermenêutica Jurídica e o Ativismo Judicial	182
CAPÍTULO 4. O PROTAGONISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS	224
4.1 Casuística: O STF de 2008 a 2018	236
4.2 Súmulas Vinculantes	238
4.3 Ações Diretas de Inconstitucionalidade.....	240

4.4	Ações de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).....	242
4.5	Análises pontuais de ativismo democrático-constutivo em Política Pública	245
4.5.1	Proibição do nepotismo nos três Poderes.....	247
4.5.2	Constitucionalidade da lei que autorizou pesquisas com células-tronco embrionárias.....	251
4.5.3	Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol	256
4.5.4	Equiparação das Uniões Homoafetivas às Uniões Estáveis Heteroafetivas ...	260
4.5.5	Legitimidade das cotas raciais na universidade e em cargos públicos	268
4.5.6	Inconstitucionalidade da Criminalização da Interrupção Voluntária da Gestação durante o primeiro trimestre.....	277
4.5.7	Ensino religioso nas escolas públicas	285
CONSIDERAÇÕES FINAIS – CONCLUSÕES.....		291
REFERÊNCIAS		303

INTRODUÇÃO

No Brasil e em diversos países do mundo percebe-se uma maior proeminência do Poder Judiciário na condução dos ditames relativos a políticas públicas.¹ Essa nova atuação está a refletir uma mudança paradigmática na teoria tripartite dos poderes, ao menos se pensada na sua concepção clássica, que mesmo naquele pensamento já não admitia separação radical entre os Poderes, mas, ainda assim, considerada como fundamento para a intocabilidade de temas como políticas públicas pelo Judiciário.

Tem-se por ativista a tendência do Poder Judiciário em substituir os demais poderes nas atribuições a estes inerentes, principalmente em face de condutas omissivas destes Poderes² ou como uma singular atuação para materializar direitos fundamentais. É fato que todo o Poder Judiciário, movimento que é capitaneado pelo Supremo Tribunal Federal, tem ganhado destaque em temas que antes da Constituição Federal de 1988 somente seriam tratados pelos demais Poderes.

A presente tese de doutoramento tem como objeto de investigação o protagonismo do Supremo Tribunal Federal – STF na construção de políticas públicas, no contexto do Brasil contemporâneo. A esse protagonismo a literatura costuma denominar de ativismo judicial e nesta tese identificado como ativismo democrático-constutivo, a diferenciar-se do primeiro, especialmente por ser necessário e inevitável neste campo de atuação.

O ativismo judicial é tema recorrente no meio jurídico acadêmico e também assunto tratado com frequência na mídia. Há posicionamentos a favor,³ posicionamentos contrários⁴ e quem não veja no tema qualquer novidade, por se consubstanciar o ativismo judicial na já

¹ BARROSO, Luís. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madrid, n. 13, p. 17-32, 2009.

² LEAL, Rogério Gesta. As responsabilidades políticas do ativismo judicial. In: LEAL, Mônia C. H.; LEAL, Rogério Gesta (orgs.). *Ativismo judicial e déficits democráticos*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011. p. 16.

³ RIBEIRO, Isabela Lessa de Azevedo Pinto. *Judicial activism: the role of judges in a constitutionally appropriate paradigm*. 2008. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em: http://www.unicap.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=362. Acesso em: 15 jul. 2018. p. 92.

⁴ PAULA, Daniel Giotti de. Uma leitura crítica sobre o ativismo e a judicialização da política. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 16.

conhecida criação judicial do direito.⁵ Ocorre que o tema geralmente é tratado sem qualquer abordagem técnica, sendo que, quando não se está de acordo com uma decisão judicial sobre determinado assunto, a ela se refere como sendo ativista.⁶ Mas esse singelo critério não pode ser utilizado como base. Necessário saber o que faz uma decisão judicial ser considerada ativista. Para isso, deve-se buscar saber os elementos que indicam o ativismo para se analisar uma decisão com o fim de caracterizá-la e compreendê-la em sua completitude, sempre considerando o contexto social, o qual se enfrenta. Saber se é possível tal caracterização e, em que o termo ativismo pode ser visto como o oposto de criação judicial do direito, ou se o Judiciário apenas está a cumprir o seu papel Constitucional.

Diante o exposto, questiona-se: em meio às crises institucionais enfrentadas pelos Poderes Executivo e Legislativo deste país, considerando que a sociedade não se sente tutelada e/ou representada por esses Poderes em sua totalidade, somadas às omissões legislativas e falta de instituição de políticas públicas que atendam a todos da sociedade (incluindo as classes minoritárias), bem como a existência da rigidez de normas Constitucionais analíticas, que trazem uma gama de direitos fundamentais do ser humano, poderia o Judiciário permanecer inerte (ou decidir nos estritos limites da interpretação clássica das normas) perante demandas acionadas pelo descumprimento de direitos fundamentais? A partir desse questionamento apresenta-se a tese de que quando se tratar de demandas envolvendo políticas públicas, a atuação do Judiciário é sempre inevitável e necessária, ou seja, revela-se a partir disso um ativismo-democrático construtivista.

Vencida a delimitação do tema, esclarecidos os objetivos e realizado o levantamento das hipóteses para o desenvolvimento da pesquisa, foi utilizado o método dedutivo-bibliográfico, realizando-se, primeiramente, uma profunda revisão bibliográfica, com sistematização e discriminação dos livros e demais materiais utilizados. Entre estes, estará definida bibliografia de livros nacionais, revistas especializadas, periódicos, além de material coletado pela Internet, assim como confirmando o teor dos dados obtidos em outras fontes de pesquisa. Além do procedimento metodológico da investigação em referências bibliográficas de autores clássicos e os contemporâneos, realizaram-se análises quantitativa e qualitativa das

⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 498.

⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 388.

decisões do STF, limitando-se no marco temporal de 10 anos (2008 a 2018). Para eleição desse marco temporal, considerou-se 20 anos após a vigência da Constituição Federal, o que se entende como um tempo razoável para fins de verificação de sedimentação constitucional dos temas.

Definido o método, resta elencar os processos metodológicos⁷ a serem empregados na elaboração da pesquisa, quais sejam: *a) Estudo dogmático-jurídico*: este procedimento será utilizado pelo fato de o tema estar vinculado à análise de preceitos constitucionais, envolvendo aí teorias, princípios e doutrinas que buscam explicar a melhor forma de interpretar o assunto; *b) Estudo histórico*: a análise dos acontecimentos passados é indispensável à compreensão do tema proposto, vez que a Teoria da Separação dos Poderes foi concebida em época diferente da nossa, e como todo sistema jurídico, reflete o poder em um dado espaço e tempo; *c) Analítico-sintético*: a ser aplicado como incursão analítica nos textos normativos, aplicando-se aos atos e fatos concretos amplamente pesquisados; *d) Estudo comparativo*: considerando que ativismo judicial tem origem estrangeira e manifestação em vários ordenamentos jurídicos, fazendo-se necessário um estudo comparativo de outros ordenamentos jurídicos, a fim de enriquecer à pesquisa.

Assim, a tese sustenta-se em marcos teóricos que explicitam visões prospectivas da atuação de cortes constitucionais. Nesse sentido, escora-se nos trabalhos de Inocêncio Mártires Coelho, cujos aportes à utilização de uma hermenêutica valorativa substancializam uma ação prospectiva do julgador, amparando-se nos escritos e na atuação empírica de Luís Roberto Barroso, para quem há um papel iluminista na atuação do Judiciário, sem esquecer das construções jurídicas de Carlos Ayres Britto, um dos precursores das reflexões das comprovações desta tese. Inegável que esses autores, de algum modo, e de alguma forma, transpõem para o pensamento constitucional brasileiro uma leitura moral e compreensiva dos marcos constitucionais, tal como se lê em autor norte-americano, que nos propunha que levássemos os direitos a sério. Refere-se a Ronald Dworkin, para quem a leitura do texto constitucional deve reverberar valores e opções de uma sociedade democrática.

A tese consiste em se buscar um meio-termo aos conceitos (e pré-conceitos) que se têm quanto ao ativismo, aferindo-se os avanços que esse protagonismo do Judiciário

⁷ A formatação da presente tese teve como base os documentos orientativos publicados no *site* do Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD, do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Disponível em: <https://www.uniceub.br/pdp/mestrado-e-doutorado/direito/mestrado-e-doutorado-em-direito>. Acesso em: 6 dez. 2019.

efetivamente representa; isto é, sustenta-se que um ativismo democrático-constutivo é componente inevitável e necessário para o avanço de políticas públicas no Brasil e, fator decisivo na manutenção do Estado Democrático de Direito em tempos atuais. A proposta consiste na compreensão de que um protagonismo contramajoritário é indispensável e necessário na construção de arranjos institucionais que enfrentem as desigualdades de um país historicamente periférico no contexto do modelo capitalista.

Apresenta-se, portanto, um esboço de esquadramento da casuística do STF (no lapso temporal delimitado). No espaço de preparação para esse estudo, a tese retoma a narrativa da trajetória do STF, que transitou de uma corte superior para uma corte suprema. Ligando-se essas duas seções, a tese apresenta uma tentativa de esclarecimento relativo ao papel do Judiciário na construção de políticas públicas. Elaborou-se também, um quadro discursivo que enfrenta várias instâncias afetas ao problema, dividindo o presente trabalho em três núcleos centrais, iniciando com uma retomada de elementos mínimos, em forma de conceitos, sem os quais o intérprete não avança prospectivamente na compreensão do problema, seguindo por analisar a manifestação judicial quanto às políticas públicas na sociedade complexa e demonstrar no espaço tempo a atuação do ativismo democrático construtivo.

A compreensão do Estado no século XXI, em especial no Brasil, é substancial para a esta pesquisa jurídica (para todas as pesquisas jurídicas, entedemos), pois os desafios ditos da atualidade, como fenômenos ligados à globalização, a crise da democracia representativa, crises econômicas, questões migratórias, pandemias, problemas ambientais, terrorismo,⁸ desafiam a formação de um novo Estado, com perfil reorientado pela formação de blocos políticos e econômicos, com novo olhar acerca da soberania,⁹ a exigir uma nova postura do Direito, posto que o Estado é responsável pela produção de normas e instituições que precisam “dar conta” das expressivas mudanças sociais e jurídicas, que exigem políticas públicas capazes de encadear as ações do governo que realizem efetivamente as *promessas* constitucionais.¹⁰

Para tanto, no capítulo primeiro, intitulado Topografia do ativismo democrático-constutivo no Supremo Tribunal Federal, são retomadas percepções como Estado, cumprindo

⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.); GASPARDO, Murilo (Org.). *Teoria do Estado*. Sentidos contemporâneos. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 15.

⁹ Idem, p. 95.

¹⁰ Idem, p. 17.

explicitar o que se chamou de Estado Moderno, Estado Social, Estado Pós-Moderno, Estado Democrático de Direito e Estado Constitucional Cooperativo, também sobre presidencialismo, federalismo, equilíbrio entre os poderes e evolução do Poder Judiciário nas constituições brasileiras.

Ainda, com o objetivo de trazer uma contemporização do tema, analisou-se a concepção de filósofos clássicos sobre separação de poderes e a função do Poder Judiciário, como Platão, Aristóteles, São Tomás de Aquino, Maquiavel, Jean Bodin, Hobbes, John Locke, Montesquieu, Rousseau, Stuart Mill, Max Weber e Hans Kelsen. A análise não se aprofundou em relação ao pensamento de cada filósofo, mas trouxe as bases fundamentais a permitir uma eventual ruptura com o que se tinha nos clássicos sobre a atuação do Poder Judiciário. Algum destaque às considerações de Montesquieu e Kelsen sobre a atividade de julgar, pois Montesquieu destacou os riscos em se ter uma concentração de funções maior de um dos poderes em relação aos demais, evidenciando as consequências nefastas de um Poder Judiciário exacerbado,¹¹ enquanto Kelsen já via em todos os poderes o potencial criador do direito, sendo que as funções básicas seriam apenas duas, as de criar e aplicar o direito.¹²

Na sequência, no capítulo segundo, intitulado Democracia Judicial: legitimidade do ativismo judicial constitucional, a tese explora o constitucionalismo e a democracia na sociedade complexa, o que se percebe hoje no âmbito de expressões densas de sentido, a exemplo de neoconstitucionalismo, neopositivismo ou direito comunitário, a revelar o debate em torno do papel contramajoritário e representativo de cortes constitucionais.

As relações entre as instituições governamentais, a sociedade civil, as do mercado e demais instituições privadas são permeadas por conjuntos de ações que possuem o escopo de fazer com que a sociedade caminhe de forma cooperativa para a realização dos diversos objetivos constitucionais. É desiderato dos Poderes do Estado a efetividade desses objetivos e caso o Administrador ou o Legislador não os busquem ou façam ao atropelo da própria Constituição, cabe ao Julgador o controle e também a palavra final, por ser último intérprete dos ditames da Constituição. A democracia tem como um dos seus alicerces o controle de constitucionalidade, especialmente no que tange às políticas públicas e será nesse papel fundamental do Poder Judiciário que o ativismo democrático-constutivo se manifestará.

¹¹ MONTESQUIEU, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 170.

¹² KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 385.

E, porque a tese vincula a atuação judicial à implementação de políticas públicas, necessário que se faça uma estação, ainda que minimalista, em torno desse tema, que é também central nas formulações institucionais contemporâneas. Assim, o capítulo terceiro, nominado Ativismo democrático-constutivo nas Políticas Públicas, explora as fronteiras entre o direito e a política, conceituando e definindo os parâmetros de escolha das políticas públicas e do ativismo judicial. Identificou-se que o neoconstitucionalismo, fenômeno mundial que trouxe como consequência a panconstitucionalização¹³ do direito. É o pilar que permite as decisões judiciais na seara política, onde Poder Judiciário tem passado do minimalismo à primazia no que se refere à tomada de decisões na seara de políticas públicas.

A ideia de um ativismo necessário e inevitável nas políticas públicas, nesta tese denominado ativismo democrático-constutivo, requer uma exploração em torno das várias teorias de interpretação, com o objetivo de se captar o sentido de uma hermenêutica de construção de valores e ações, que a tese julga característica da ação do STF no período estudado, razão pela qual ainda no capítulo terceiro se apresentam considerações acerca da hermenêutica e possibilidades da Corte Constitucional, considerando os diversos critérios de interpretação das regras jurídicas: Interpretação autêntica ou legislativa; Interpretação declarativa ou especificadora; Interpretação gramatical (literal ou filológica); Interpretação restritiva ou declarativa restritiva; Interpretação extensiva ou ampliativa; Interpretação histórica; Interpretação lógica ou racional; Interpretação sistemática; Interpretação teleológica; Interpretação sociológica; Interpretação doutrinária ou doutrinal; Interpretação judicial ou jurisprudencial; Interpretação conforme a Constituição. Ainda o conteúdo de alguns métodos hermenêuticos: Método Hermenêutico clássico, Método tópico-problemático, Método hermenêutico-concretizador, Método científico espiritual (valorativo ou sociológico), Método normativo-estruturante e Método comparativo-constitucional.

E porque o direito é momento da vida e da cultura humanas, jamais uma abstração, devendo ser formulado conjunto ao viver concreto dos homens, pois o sentido e os objetivos de uma época serão influências no direito e determinarão aquilo que será definido como

¹³ A panconstitucionalização é a constitucionalização dos direitos. Para Daniel Sarmento esse fenômeno seria um excesso de constitucionalização dos direitos. Em sua fala apresenta: “[...] quem defende que tudo ou quase tudo já está decidido pela Constituição, e que o legislador é um mero executor das medidas já impostas pelo constituinte, nega, por consequência, a autonomia política ao povo para, em cada momento da sua história, realizar as suas próprias escolhas. O excesso de constitucionalização do Direito reveste-se, portanto, de um viés antidemocrático”. SARMENTO, Daniel. *Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais*. Estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 269.

direito e suas finalidades,¹⁴ a tese toma rumo essencialmente mais pragmático, explorando a casuística do STF. Com tal objetivo, alguns casos foram selecionados, levando-se em conta o potencial transformador, na cultura jurídica e na ação social. As opções foram tomadas na compreensão de que os casos observados são substancialmente emblemáticos e identificadores de um esforço de intervenção positiva.

Para tanto, no capítulo quarto, estabelecido o marco temporal de 2008 a 2018, identificaram-se julgamentos do STF para se quantificar as decisões que trataram de políticas públicas. Foram analisados os instrumentos de controle concentrado trazidos pela constituição, buscando se fazer um catálogo de tais decisões, identificando se a decisão aborda política pública. Também o controle difuso foi analisado, quando reconhecida a repercussão geral. Catalogadas e analisadas 56 Súmulas vinculantes, 661 decisões em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, 8 decisões em sede Ações Declaratórias de Constitucionalidade, 25 decisões em Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais e 131 decisões com repercussão geral reconhecida.

Na análise do conteúdo de 882 decisões catalogadas, sendo que as categorias de ações foram as Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Ações Diretas de Constitucionalidade, Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, Súmulas Vinculantes e decisões onde se reconheceu repercussão geral, identidicaram-se elementos para se dizer que uma decisão pode ter um viés de política pública, procurando-se identificar quais delas consistiam em decisões do Judiciário direcionadas ao Poder Executivo ou ao Poder Legislativo que implicassem definir os meios à disposição do Estado, bem como as direcionadas às atividades privadas, almejando-se a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados que afetem a vida dos cidadãos.

Entre os diversos julgados, para uma análise qualitativa, escolheram-se os seguintes, diante da temática com destaque em assuntos que envolvem política pública: proibição do nepotismo nos três Poderes (ADC n. 12 e RE n. 579.951), constitucionalidade da lei que autorizou pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI n. 3.510), demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol (Ação Popular n. 3.388/RR), equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas (ADPF n. 132 e ADI n. 4.277), legitimidade das cotas raciais em favor de negros para ingressos em universidades públicas e em cargos

¹⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *História da filosofia do direito e do estado*. Antiguidade e Idade Média. Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie. Antike und Mittelalter. Tradução Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 19.

públicos (ADPF n. 186 e ADC n. 41), inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação durante o primeiro trimestre (HC n. 124.306) e ensino religioso nas escolas públicas (ADI 4.439).

Nesses julgados, foram identificados a data de ajuizamento, data de julgamento, Relator, sentido do voto do relator e demais ministros, principais trechos dos argumentos usados pelas partes e de intervenientes, principais argumentos utilizados e legais usados pelo Relator. A análise mais específica identificou a existência ou não de ativismo judicial, especificamente o ativismo democrático-constutivo.

Do ponto de vista do ineditismo, a presente tese de doutoramento enfatiza as possibilidades e os limites do que se denomina ativismo democrático-constutivo. Em outras palavras, a tese é aliada daqueles que criticam e condenam um ativismo de superfície, que apenas revela o voluntarismo do julgador. A pesquisa admite, aceita, localiza e realça a importância de um ativismo que se faz necessário na construção e na consecução de políticas públicas de relevante interesse social e que se tornou inevitável na proposta constitucional brasileira.

Um conjunto de conclusões encerra o esforço que se apresenta que, em síntese, comprova a existência de um ativismo-democrático constutivo, praticado pelo Supremo Tribunal Federal, quando se trata da efetivação das políticas públicas brasileiras, considerando o atual cenário político e social em que se vive.

CAPÍTULO 1. TOPOGRAFIA DO ATIVISMO DEMOCRÁTICO-CONSTRUTIVO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os nomes e expressões que elegemos emprestam realização material aos conceitos abstratos do Direito. O termo topografia¹⁵ está para identificação dos elementos que compõem e revelam a necessária e inevitável atuação proativa do Judiciário no campo das políticas públicas, nesta tese, o terreno do ativismo democrático-construtivo no Supremo Tribunal Federal. Requer alguma consideração acerca dos temas de Estado, sistemas de governo, federalismo, equilíbrio entre os Poderes e o contexto histórico, leia-se apresentação em autores clássicos e previsão nos textos constitucionais.

A tese, nesse sentido, socorre-se de nomenclatura, de conceitos e de tipos-ideais de ampla utilização nas ciências sociais aplicadas. Nesse sentido, não há desafio a padrões conceituais já cristalizados. O que se tem, nessa linha, é uma retomada desses conceitos, com o objetivo de se alavancar os pontos mais substanciais da pesquisa que segue.

1.1 ESTADO, PRESIDENCIALISMO, FEDERALISMO, SEPARAÇÃO DOS PODERES

A narrativa da tradição ocidental é marcada por algum desequilíbrio entre a liberdade individual e a ordem social, pois esta pressupõe limitações pessoais, ainda que mínimas, decorrentes do “contrato social”, cujo poder justifica-se em função da alegada maioria.¹⁶ A obsessão com a maioria é uma característica da tradição que remonta a Rousseau, a partir de

¹⁵ *Porque “a gramática do tema é a higiene da controvérsia”*. Discurso sobre la naturaleza y el origen del Hombre, pronunciado en el Ateneo Catalan, Seccion de Ciencias exactas, físicas y naturales, en las noches del 13 y del 15 de Abril de 1867, por José de Letamendi (Catedrático de Anatomía de la Facultad de Medicina de esta Universidad de Barcelona); publicado conforme á las hojas taquigraficas de los señores: D. J. Balari y D. V. Basart, revisadas, anotadas y comentadas por el autor. Barcelona: Tip. Narciso Ramirez, 1867. p. 17. (ebook disponível https://books.googleusercontent.com/books/content?req=AKW5QadeAZ2WOs8PyGl5mCxdkZrhyZ04E-VDWTon5zARVi6qW5pL7sn3cp_vICViyXeu5ajtGMHwowqB6ZNpN7wamQclPZ67v5cEqr1wKp67LzvVSeEQqlc0cpbDgTvehq5TxBJ6y9W6WO3Hq0BjBz8POwvYF-RWsz6pZCWyMQWk-thJZxASEv27KWcjtXLXjz64fQNHhvTF_r3IYIFH9jwBUAgWV39_IPX9EYkFT4QKeVhTZsyLsnIZdMXYb8Lb8IxFoCE5tOHPp0lZ5R6Q8dsQkU7G4fHjpX_U1R2CPG9Tu1VSL08fqI). Também em Fragmento 392 em: COELHO, Inocência Mártires. *Da hermenêutica filosofia a hermenêutica jurídica*: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 145. Topografia é ciência que estuda todos os acidentes geográficos definindo a sua situação e localização na Terra, os princípios e métodos necessários para a descrição e representação das superfícies destes corpos, em especial para a sua cartografia ou a descrição ou delinação exata e pormenorizada de um terreno, de uma região, com todos os seus acidentes geográficos (*Aurélio Dicionário da língua portuguesa*).

¹⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Princípios do direito político. São Paulo: Ed. Pillares, 2013. p. 13.

quem fixou-se a compreensão da ideia democrática, enquanto a realização de valores partilhados e efetivamente aferidos, por mencionada vontade popular. Em meio à comunidade predicou a necessidade de pensamento de abrangência social com o intuito de responder a questões pertinentes ao grupo, nascendo, dessa forma, a política. Na origem, é tema de possibilidade restrita ao espectro do poder. Liga-se, historicamente, à religião e à guerra, sendo esta última, a política por outros meios. O poder institucionalizado é manifestação necessária e suficiente da organização social: é a origem e o destino da soberania.¹⁷ Não haveria poder, também compreendido como imposição de deveres, sem os súditos.¹⁸ Do mesmo modo, não há representação democrática sem que tenhamos cidadãos, titulares de direitos e vinculados a obrigações. É, na essência, o tema do contrato social.

Essa estrutura – o Estado – como o conhecemos, é fruto de embates e conquistas que evoluíram desde a unificação do poder em uma única pessoa, o Monarca, à divisão equânime deste poder como se verifica hoje em muitos países, mas o Estado é uma modalidade muito recente na forma de a humanidade ordenar-se politicamente. Na medida em que umas pessoas assumem o controle de um poder que visa dirimir os conflitos da sociedade, elas assumem uma posição diversificada dentro dessa sociedade, uma posição de mando que implica, aos demais – destinatários –, uma posição de obediência.¹⁹

Assim, o Estado tornou-se o grande controlador, ditando os rumos da economia e da sociedade aumentou sua incapacidade de solucionar os problemas mais básicos em face da estrutura imensa e inadequada. Porém, a sociedade retomou sua atuação direta em algumas questões de seu interesse, reduzindo o Estado a fim de que cuidasse apenas de oportunizar aos cidadãos a busca do bem comum. Bem entendido, esse é o conteúdo de uma narrativa triunfante, que de algum modo é também justificadora do poder. Essa premissa poderia ser questionada nos limites e parâmetros de um realismo pessimista, para o qual o poder seria a lei do mais forte, e nada mais.

O termo “Estado” tem adequabilidade questionável, dada à amplitude das discussões acerca de seu surgimento, para alguns uma formação histórica próxima, e, para outros, uma ideia que acompanha o homem desde os primórdios. A expressão adotada é a de “sistema político”, ou seja, a vinculação da noção estatal ao fenômeno do poder, razão pela qual as

¹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 3-4.

¹⁸ JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Cidade do México: Fundo de Cultura Econômica, 2002. p. 380.

¹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 4-5.

teorias políticas costumam partir de uma definição e análise do poder, apoiando-se, sobretudo sobre a teoria dos três poderes, suas funções e relações entre si.²⁰ Nos dias atuais, com vistas a elencar os elementos essenciais do Estado, cumpre explicitar o que se chamou de Estado Moderno, Estado Social, Estado Pós-Moderno, Estado Democrático de Direito e Estado Constitucional Cooperativo.

Falar de Estado moderno pode ser certa redundância, haja vista que, já em sua definição, o Estado é a forma de organização política da modernidade, se por ela entendermos a época histórica que se inicia no Pré-Renascimento.²¹ A expressão “Estado Moderno” foi elaborada para caracterizar estruturas em que o governo, de modo direto ou indireto, obedece a regras escritas ou consuetudinárias, que determinam seu funcionamento e resguardam as pessoas de direito privado da interferência indevida do poder público. Estado moderno é a maneira de definir o Estado de Direito, em que a escolha dos governantes é realizada pelo povo, através do voto direto ou indireto, sendo os candidatos apresentados por partidos políticos.²²

O Estado moderno de tipo europeu, para lá das características de qualquer Estado, apresenta, ainda, características muito próprias: Estado nacional: o Estado tende a corresponder a uma nação ou comunidade histórica de cultura; Secularização ou laicidade: as esferas temporal e espiritual são distintas e a comunidade já não tem por base a religião, o poder político não prossegue fins religiosos e os sacerdotes deixam de ser agentes do seu exercício; Soberania: ou poder supremo e aparentemente ilimitado, dando ao Estado não só capacidade para vencer as resistências internas à sua ação como para afirmar a sua independência em relação aos outros Estados.²³

O “Estado Social” é uma variante do Estado Moderno, na qual o governo submete-se a regras de participação democrática, em que o Estado intervém na atividade geral da nação. Seus elementos caracterizadores estão fora do plano jurídico, mas neste se situam formas de representação do povo. A intervenção do governo na atividade privada é acompanhada pela centralização do controle da economia e das decisões essenciais de planejamento em nível

²⁰ BOBBIO, Norberto. *Estado Governo sociedade para uma teoria geral da política*. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001. p. 77.

²¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 10.

²² CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 39-40.

²³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: preliminares, o Estado e os sistemas constitucionais*. 6. ed. [s.l.]: Coimbra, 1997. p. 63-64.

nacional – Poder Central – subtraída a participação dos níveis inferiores – Estados, Distrito Federal e Municípios.²⁴

O “Estado Pós-Moderno” seria aquele em que a “[...] intervenção centralizadora será substituída por modelos crescentes de participação privada, ao mesmo tempo em que novas variantes surgem”. Assim, surge ao Estado uma nova relação com o coletivo, colocando em xeque a ideia de governabilidade. Este momento assemelha-se a uma figura de uma rede, com diversas entidades ligadas umas às outras, horizontalmente. Repousa a força e privilegia-se o direito, a negociação e a cooperação. Há, aqui, uma reconfiguração dos aparelhos Estatais, uma transformação do direito e uma redefinição do vínculo político existente na sociedade.²⁵

No século XVIII surge o Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional Democrático,²⁶ que traz afirmações de valores fundamentais da pessoa humana como exigência para o funcionamento do Estado. Como traço marcante está a vontade popular no governo do Estado, que pode ser exercida de forma direta ou indireta (por representantes eleitos). Identificam-se nesse Estado seus princípios norteadores: a) supremacia da vontade popular; b) democracia; c) preservação da liberdade; d) constitucionalidade; e e) igualdade de direitos.²⁷ Aqui não caberá explicitar pormenorizado cada um desses princípios, bastando a esta tese a compreensão da evolução do Estado e do Direito. Ademais, esse assunto será retomado nos tópicos seguintes, em razão do neoconstitucionalismo.

Mais que o Estado de Direito, o Estado Democrático de Direito propõe além do processo de legislação, a legitimidade dos direitos fundamentais e do direito, uma legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político.²⁸ Assim, a supremacia da vontade popular, apresentada pela soberania popular seria o elemento de ligação e diferença entre o Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito, este com vínculo político mais evidente, a demonstrar a origem do poder e não tão somente ser o

²⁴ CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 39.

²⁵ CHEVALLIER, Jaques. *O Estado Pós-Moderno*. L'Ést post moderne. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum (Coleção Fórum Brasil-França de Direito Público), 2009. p. 19-22

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 20. reimp. Coimbra: Almedina, 1941. p. 100; ALEX, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução Dr. Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas – FGV, n. 217, p. 66, jul./set. 1999.

²⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 145-151.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 20. reimp. Coimbra: Almedina, 1941. p. 100.

poder.²⁹ A democracia como valor fundamental da Constituição, valor-síntese, valor-teto, que dispensa a expressabilidade de cláusula pétrea no texto constitucional, porque se revela na limitação e contenção do poder e da participação popular no exercício deste poder.³⁰

O Estado Constitucional Democrático possui como base a lei, visando a realização do princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais,³¹ caracterizado pela possibilidade de substituir os governantes através do voto e pela garantia dos direitos individuais e coletivos. O Estado organizado democraticamente tem uma estrutura diretiva na qual o exercício do poder é deferido a representantes, que representam a população/sociedade e por escolha deste (Legislativo e Executivo), ou a funcionários integrados em carreiras estatais (Judiciário).³²

A Constituição Federal brasileira vigente dispõe sobre outros traços relevantes, quais sejam: I) livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV); II) acesso dos cidadãos a todos os cargos (art. 37, I); III) plebiscito, referendo e iniciativa popular (art. 14); IV) descentralização (arts. 1º e 18) pluralismo político (art. 1º, V) e transparência administrativa (art. 37); V) igualdade de todos perante a lei (art. 5º, *caput*), subordinação ao princípio da legalidade (art. 5º, II); VI) lesão ou ameaça de lesão de direito individual reparável pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV); e VII) liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV).

Ao considerar as características de um projeto universal, fala-se em “Estado Constitucional Cooperativo”, cujas disposições alcançariam outros Estados-membros de uma comunidade, sugerindo a necessidade de um modelo de cooperação internacional para concretização das democracias, independência das jurisdições constitucionais, em especial, no desenvolvimento de mecanismos de efetividade dos direitos humanos universais (paz mundial, proteção ao meio ambiente, cooperação, ajuda humanitária).³³

Denominação pouco usual, o Estado Constitucional Cooperativo é previsto na Constituição brasileira, a considerar o parágrafo único do art. 4º da CF/88, que dispõe que a

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 20. reimp. Coimbra: Almedina, 1941. p. 100.

³⁰ BRITTO, Carlos Ayres. Poder Constituinte *versus* Poder Reformador. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira. *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 39-40.

³¹ SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 126.

³² CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 48.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1161-1162.

república brasileira deverá buscar a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, inclusive a fomentar a formação de uma comunidade latino-americana. Por certo que a temática não é pacífica, a se tomar por exemplo o quadro evolutivo do direito comunitário europeu, principalmente acerca da supremacia da ordem comunitária quando em possível confronto com direitos fundamentais dos Estados-membros.³⁴

Os Estados, ditos modernos, já estavam a exigir um Poder Judiciário atuante, do Estado Cooperativo, sem fronteiras, com jurisdição constitucional no máximo delimitado a um grupo de Estados, uma comunidade, o poder Judiciário será ainda mais proativo. A tônica já é o passo adiante do controle de constitucionalidade, que seria o controle de convencionalidade das normas domésticas, especialmente após a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, que permitiu a equivalência dos tratados de direitos humanos às emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, da Constituição Federal), referendado que foi pelo Ministro Celso de Melo³⁵ ao anunciar a convivência dos dois controles (constitucionalidade e convencionalidade) sobre as regras jurídicas de caráter doméstico.³⁶

O Estado, considerando-se suas formas, classifica-se³⁷ em Unitário, Descentralizado, Constitucionalmente Descentralizado ou Regional e Federal. A diferença entre eles está na descentralização ou concentração administrativa do Estado. O Brasil é um Estado Federal. A concepção de Federação surge com a reunião das treze colônias inglesas em 1787, na cidade da Filadélfia, ocasião em que deliberaram sobre a nova organização política daqueles Estados, antes autônomos e soberanos. Dessa forma, nasceram os Estados Unidos da América, um Estado Federativo, com dois níveis de governo: o central e os regionais.

A experiência norte-americana é exemplo eloquente da imaginação institucional. Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, quando redigiram os *Artigos Federalistas* cogitaram, pela primeira vez, de arranjos institucionais até então não pensados, e nem

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1162-1164.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 87.585/TO*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 3 dez. 2008. *DJE* 26 jun. 2009.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1165.

³⁷ Classificação é “um processo mental pelo qual coisas, seres ou pensamento, são reunidos segundo as semelhanças ou diferenças que apresentam”. BARBOSA, Alice Príncipe. 1919-. *Teoria e prática dos sistemas de classificação bibliográfica*. Rio de Janeiro: Instituto brasileiro de bibliografia e documentação, 1969. p. 13.

experimentados.³⁸ Referimo-nos ao presidencialismo, por exemplo. Essa fórmula mantinha o poder do rei, ainda que, como esses autores bem enfatizaram, com prazo limitado. O modelo foi posteriormente adaptado por várias outras experiências constitucionais, a exemplo de nossa experiência brasileira.

Nesse sentido, o papel exercido por Rui Barbosa ao longo da Assembleia Nacional Constituinte resultou em nossa primeira Constituição republicana. Fiel seguidor das fórmulas norte-americanas, cujos autores e jurisprudência estudava com profundidade, Rui Barbosa é um dos responsáveis diretos por nossos modelos de presidencialismo e de federalismo. É um dos pais fundadores do direito público brasileiro atual.

O Estado dito Federativo se contrapõe ao Confederativo que não respondia aos anseios dessas comunidades independentes, posto que não tinham atingido plena unidade nacional. Diferentemente de uma simples fusão, a forma federativa de governo visa à democratização do Estado e à contenção do poder pelo próprio poder.³⁹

São suas características mais relevantes: a) uma descentralização político-administrativa; b) uma Constituição rígida; c) a existência de um órgão que dite a vontade dos membros da Federação; d) autonomia financeira; e, e) a existência de um órgão constitucional.⁴⁰ Acrescentam-se a essas características ostentadas pelo Estado Federal a unidade de nacionalidade (não há nacionalidades estaduais: os nacionais dos Estados que aderem à Federação perdem a primitiva nacionalidade e adquirem a do Estado federal); e a unidade de território (embora cada Estado-membro tenha território próprio, para efeitos externos o que conta é o território nacional como um todo).⁴¹

Não se pode esquecer de que, ao difundir-se pelo mundo, o sistema federativo alterou-se segundo as necessidades e aspirações de cada Estado, evitando, também, o envelhecimento do regime e acompanhando a evolução natural da sociedade. Há, portanto, uma flexibilidade nesse sistema político, o que possibilita a coexistência de diferentes modelos federais do Estado num mesmo período da história. Exemplificando: “[...] surgido num contexto histórico completamente distinto, ao tempo do liberalismo clássico, do *État-gendarme*, transpõe o

³⁸ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

³⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 99-100.

⁴⁰ Idem, p. 155-156.

⁴¹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 27.

federalismo os duzentos anos que desde então se passaram, mostrando-se também eficiente em face das concepções do *Welfare State*, das imposições intervencionistas dos novos tempos [...]”.⁴²

O Estado Federal, portanto, é a pessoa jurídica de Direito Público Internacional, ao passo que a União é o todo formado pelos estados componentes da federação e constitui-se em pessoa jurídica de Direito Público interno, com autonomia perante os Estados e com as prerrogativas da soberania. Por seu turno, os Estados-membros também são dotados de personalidade jurídica de direito público interno, possuindo tão somente autonomia, fundando-se esta em dois elementos, quais sejam: a) órgãos governamentais próprios, isto é, que não dependem dos órgãos federais quanto à forma de seleção e investidura; b) competências exclusivas. Tal explanação sedimenta-se no ensinamento de que quando um Estado decide pela sua inserção em uma Federação pratica ato soberano, mas já encerrando sua soberania imediatamente após.⁴³

A divisão do Poder objetiva maior eficiência em seu exercício. No federalismo clássico ou dualista, o Estado central detém poderes expressos (rigidamente contornados na Constituição) e aos Estados-membros competem os poderes remanescentes. Hoje esta severa partilha do poder está mitigada em favor do federalismo de colaboração, em que existe um intenso inter-relacionamento entre as várias entidades componentes do Estado Federal. Um dos instrumentos utilizados para a realização do federalismo cooperativo,⁴⁴ quiçá o mais importante, é o estabelecimento de competências comuns e concorrentes (especialmente nos artigos 23 e 24 da Constituição Federal brasileira de 1988).

Aliás, importante gizar que o elemento fundamental para a edificação do Estado Federal (com seus caracteres de dualista ou cooperativo) é exatamente a repartição de competência. Nisso reside a essência do federalismo e é a partir das escolhas que restarem consagradas na Constituição do Estado Federal que saberemos os rumos do arranjo federativo.

⁴² ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 33.

⁴³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado federal*. São Paulo: Ática, 1986. *Apud* ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 25.

⁴⁴ A Constituição Federal de 1988 estabelece os fundamentos para o federalismo cooperativo. Sobre o tema: “Não é plausível, contudo, um Estado Federal em que não haja um mínimo de colaboração entre os diversos níveis de governo. Faz parte da própria concepção de federalismo esta colaboração mútua. Portanto, no federalismo cooperação, não se traz nenhuma inovação com a expressão “cooperação”. BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. Max Limonad: São Paulo, 2003. p. 150.

O art. 15 da Constituição republicana de 1891 inovou em tratar da independência e harmonia entre os poderes, estabelecendo que “são órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”. É a influência de Rui Barbosa, supramencionada. A Constituição outorgada de 1937, por outro lado, não trouxe disposição semelhante prevendo a independência e harmonia que fora retomada pela Constituição de 1946 em seu art. 36, reestabelecendo que “são Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”, repetida também pela Constituição de 1967, em seu art. 6º, que teve a redação mantida pela Emenda Constitucional 1/1969.

Significativo apontamento deve ser registrado quanto ao reconhecimento constitucional da tripartição dos poderes, posto que, não se pode ignorar o texto da lei maior de um Estado, imaginando que pudesse o ordenamento instituir como princípio fundamental algo de nenhuma importância ou aplicabilidade. Dessa forma, um poder fiscaliza o outro no cumprimento de sua função evitando a ocorrência de desvios e abusos que prejudicam a sociedade e a manutenção do Estado Democrático de Direito. O desiderato constitucional é claro. Se, na prática, esse princípio não corresponde à confiança da gloriosa *Lex Legum* de 1988, trata-se de disfunção ou de defecção que urge corrigir.

A questão está na interpretação e/ou julgamento de que seria a independência e harmonia entre os poderes, pois a teoria da separação dos poderes, ainda que estampada na Carta Magna “é meramente formalista, jamais tendo sido praticada [...], mesmo onde a Constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma intensa interpenetração”,⁴⁵ isso porque a separação absoluta entre os poderes não existe, dada a impossibilidade prática de sua atuação, o que, se fosse possível, representaria exatamente o contrário do que ideologicamente a teoria da separação dos poderes deseja: a harmonia e independência.

Atribuir, contudo, caráter exclusivamente formal à separação dos poderes, parece também não ser a realidade no ordenamento jurídico, posto que, esse princípio tem condão de inalterabilidade no texto constitucional, não sendo suscetível sequer à emenda constitucional, dada sua inclusão no rol de material figuradas no art. 60, § 4º, III, da Constituição Federal. A federação brasileira adaptou para si as teorias já consagradas em outros países e, diferentemente da experiência americana, não foi criada a partir da unificação de entes

⁴⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 220.

soberanos e, novamente inovou ao estabelecer uma Federação formada por Estados e Municípios. A separação dos Poderes no Brasil funda-se no princípio da autonomia da participação política e pressupõe a consagração de certas regras constitucionais, tendentes à sua configuração, manutenção e indissolubilidade.⁴⁶

O vínculo de indissolubilidade no Brasil está consagrado desde a Carta de 1891. Por isso, não permite o nosso ordenamento jurídico o denominado direito de secessão, estando qualquer tentativa de separação de um ente federado sujeita à intervenção federal (art. 34, I, da Constituição Federal). A participação dos Estados-membros no governo central é feita por meio do Senado, um órgão composto por representantes das Unidades Federadas, consoante a repartição de competências entre a União e os Estados-membros, originando uma estrutura complexa, de aspectos unitário (porque possui um único território e uma só população) e federativo (associativo), ainda, no Brasil, há a esfera governamental dos Municípios.⁴⁷

Também o nosso federalismo nasceu dual, mas, já na Constituição de 1934 reconheceu-se sua transformação em cooperativo. Essa mutação, a par do movimento norte-americano, deveu-se, basicamente, a dois fatores: 1) certa hipertrofia do poder central, com sensível acréscimo de competências da União e correspondente limitação das competências estaduais e, ainda, pelo reconhecimento da autonomia dos Municípios; 2) à pressão dos Estados mais pobres da Federação, que não conseguiam sobreviver sem os recursos da União.

Nos arranjos constitucionais que seguiram o que se observa é que a tendência centralizadora, característica do federalismo de colaboração, que continuou crescendo até culminar com a Constituição de 67 e com a Emenda Constitucional de 69⁴⁸ que praticamente castrou a autonomia dos Estados-membros. Coube à CF/88 resgatar o equilíbrio federativo, estabelecendo um sistema de competências em que convivem competências privativas (horizontais) e competências concorrentes (verticais),volvendo-se a uma maior

⁴⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 7. ed. rev. ampl. e atual. com a E. C. n. 27/99. São Paulo: Atlas, 2000. p. 266.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 102-103.

⁴⁸ A Emenda Constitucional n. 01, de 1969, foi outorgada pelo regime militar. Sendo assim, a história oficial brasileira traz a ela o *status* de Emenda Constitucional, não a considerando como uma Constituição Brasileira. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *As Constituições do Brasil*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97174>. Acesso em: 4 abr. 2019.

descentralização, com respeito à autonomia dos Estados Federados, sem, contudo, prejudicar àqueles temas em que em todos os níveis federativos deverão seguir o mesmo regramento.⁴⁹

As funções do Estado, tal qual conhecemos, provêm das teorias descritas e das experiências vividas em França, Inglaterra e Estados Unidos, entretanto, nesses três Estados em que fecundaram as ideias da Teoria da Separação dos Poderes apresentam formações e desenvolvimentos singulares, sendo convergentes, no entanto, quanto à necessidade de conter o poder. Esse produto cultural foi disseminado gradativamente pelos Estados democráticos, com suas bases no constitucionalismo, até chegarmos aos modelos existentes. O constitucionalismo contemporâneo tem por base principal a separação funcional dos poderes, sendo pilar básico dos Estados Modernos.

Deflui, primeiramente, a aludida teoria, de textos filosóficos aristotélicos que, com o pensamento de liberdade e democracia em contraposição ao regime absolutista-monárquico que teve força naquele cenário para o nascimento do parlamentarismo, regime de governo que distribui o exercício do poder com os próprios representantes do povo (Câmara dos Comuns X Câmara dos Lordes), marcadamente pelas conquistas populares no decorrer da história inglesa, como, por exemplo, a revolução republicana de Cromwell e a “Revolução Gloriosa” de 1688, não se olvidando da sucessão de monarcas “débeis, loucos ou omissos”⁵⁰ que se mantiveram inertes naquela fase. Reconhecemos que a reflexão transita em espaço temporal de extensa dimensão, isto é, de Aristóteles a Oliver Cromwell. No entanto, há a continuidade de uma tendência, cuja linha evolutiva informa o que se entende por tradição ocidental, em oposição a outras tradições culturais.

Também, reputa-se à ideia da limitação do poder monárquico e à quebra de prerrogativas o fato de não haver uma constituição escrita que direcionasse os acontecimentos políticos e, sim, os costumes. Mas foi pela ânsia de liberdade, à custa de muito sangue da realeza em face da revolta dos súditos pela excessiva tributação para financiar a Corte, que o Parlamento nasceu, da inspiração na evolução ocorrida entre a monarquia e o Parlamento.

No Parlamentarismo clássico, o Executivo fica dividido entre o Chefe de Estado e um Governo e, uma vez separado, viu-se confrontado com uma Assembleia, que se transforma, então, em Parlamento, compreendendo tanto o Governo como a Assembleia. O Executivo fica

⁴⁹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 77.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 192.

dividido entre um Chefe de Estado e um Chefe de Governo, sendo que o primeiro nomeia o segundo, preservando o equilíbrio nesse sistema. O Chefe de Governo, por sua vez, nomeia o ministério (ou o governo), que é figura distinta do primeiro ministro, formada por um corpo coletivo.⁵¹ O Parlamento agora era o centro emanador das leis, em defesa das liberdades públicas e individuais, que formulou as diretrizes dos direitos, como um verdadeiro documento constitucional na Inglaterra: a *Bill of Rights*. Na Inglaterra, o Governo está vinculado ao Parlamento, ou seja, o Executivo e o Legislativo estão reunidos no Parlamento.

A concreção de um governo impessoal e genérico, representativo da vontade geral, só poderia advir da lei, “único instrumento válido do poder, porque a um tempo instrumento e limite”.⁵² Dessa forma, o pensamento nacional é melhor representado em função de um número maior de pessoas com o compromisso de efetivar anseios daqueles que os escolheram, posto que os respectivos mandatos têm prazo incerto, determinado pela satisfação dos trabalhos e confiança dos eleitores.⁵³ A presença de um gabinete complementa assim a dualidade do Executivo (monárquico-ministerial) no regime parlamentarista clássico, que é a exata medida da expressão “o rei reina, mas não governa”.⁵⁴ A legitimidade do parlamentarismo está na igualdade do Poder Legislativo e do Poder Executivo, a colaboração entre estes e as ações que um exerce sobre o outro. O princípio da separação dos poderes afluorou a hegemonia do parlamento na Europa continental, em detrimento do Poder Executivo, conforme o ideal que se buscava: a maior participação dos governados no poder.

Enquanto sedimentava o novo regime de governo inglês no século XVII, ao qual Locke foi o expoente da filosofia política inglesa, Montesquieu escreve para uma Europa fatigada dos excessos do absolutismo, despertando o espírito adormecido da crítica política. A França experimentou, dessa forma, o nacionalismo, cuja soberania pertence à nação, única criadora do poder constituinte, visando a supremacia da vontade do todo, expressada pela lei geral e abstrata. A Constituição liberal-formal-escrita foi a grande vitória naquele período, diferentemente da Inglaterra no que tange aos usos e costumes. Porém suas ideias eram definidas no sentido da legitimação do poder e, de consequência, sua limitação.

⁵¹ VERNEY, Douglas. O parlamentarismo. In: CARDOSO, Fernando Henrique; MARTINS, Carlos Estevam. *Política & Sociedade*. São Paulo: Nacional, 1979. v. 1, p. 192.

⁵² SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 72.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 183

⁵⁴ Idem, p. 184-185

O parlamentarismo não é único na sua forma de apresentação, não estando reduzido ao exemplo britânico, havendo no mínimo dois tipos principais: o britânico e o continental, não sendo o momento para diferenciá-los. Mais importante do que diferenciá-los, mas traçar os pontos comuns para, em outro momento, comparar o parlamentarismo com o governo presidencialista (o do Brasil, por exemplo). O parlamentarismo francês, por sua origem, é diferente do inglês em que o chefe do governo é realmente aquele que governa. Na França, o Presidente da República indica os ministros que intervêm nas decisões políticas juntamente com o Chefe de Governo. Nos Estados Unidos é adotado o regime presidencial, porém o modelo afastou-se do presidencialismo puro em virtude do intuito da união das 13 (treze) colônias, impedindo uma nova versão das monarquias absolutistas.

Embora a total separação não estivesse presente em todas as Constituições pátrias anteriores. Na Constituição de 1824, em seu art. 10, preconizava-se que “os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial”, cabendo ao Poder Moderador, nos termos do art. 98 da Carta do Império, ser “a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos”. Assim, adentrando ao sistema brasileiro, as constituições brasileiras em regra sempre agasalharam a teoria da separação dos poderes e, consequentemente, o sistema de freios e contrapesos, sendo que na atual Constituição Federal a teoria está fixada como princípio fundamental de nosso Estado. No segundo império instituído no Brasil houve o sistema parlamentar de governo por aproximadamente 50 anos, e, na década de sessenta, uma nova experiência, porém predominou na história política republicana do país o sistema presidencialista.

No caso brasileiro, vivenciou-se o denominado *Parlamentarismo às avessas*. Vale dizer, o Imperador indicava o Primeiro-Ministro, que organizava o ministério. Em seguida, realizavam-se eleições nacionais. No modelo inglês ocorria justamente o contrário. Com a queda de determinado chanceler, o soberano ordenava e organiza novas eleições. Ao partido majoritário competia indicar o Primeiro-Ministro, que por sua vez organiza o gabinete. Assim, na Inglaterra, o Primeiro-Ministro revelava a vontade indicada nas urnas, ainda que a participação popular fosse limitada. No Brasil, pelo contrário, sucedia-se justamente o inverso. O Primeiro-Ministro não era a vontade das urnas; era fruto do voluntarismo do Imperador.

Pela origem dos interesses construídos no Brasil a tradição monárquica-parlamentar portuguesa não se confirmou aqui, principalmente por fortes campanhas lideradas por Rui Barbosa em favor do presidencialismo, que, após tê-lo introduzido no Brasil, lamentou-se a asseverar que ao combater *ao governo pessoa do imperador* substituiu-se pelo *governo pessoal do Presidente da República*, ainda mais arbitrário, irresponsável e ilimitado, porque no presidencialismo as maiorias do parlamento são comandadas pelo sistema de eleição que perpetua as oligarquias e onde o *impeachment* é fictício e irrealizável.⁵⁵

O Regime monárquico foi derrubado em 1889, sob a condução do Marechal Deodoro da Fonseca. A partir de então o país conheceu revoluções periódicas (1918, 1924, 1937, 1939, 1954, 1957), sucumbindo à ditadura de Getúlio Vargas e ao Regime de exceção que durou de 1964-1984. Em relação ao presidencialismo brasileiro, Raymundo Farias de Oliveira defende que nasceu de cima para baixo, sendo imposto à consciência da Nação, como uma condição necessária para a República brasileira sobreviver. Logo, o povo brasileiro não viveu o processo de amadurecimento do sistema parlamentarista para o presidencialista com a instauração da República, sendo este fato, considerado pelo mencionado autor, um dos “males congênitos do nosso presidencialismo”.⁵⁶

No presidencialismo a figura de um só homem em cujas mãos concentram-se a maioria das decisões, a soberania que advém do povo fica como refém, como de fato a história nos mostrou inúmeras vezes, no Brasil e nas Repúblicas latino-americanas. Nesses países a democracia é elemento demasiadamente vulnerável, pois o cidadão participa, em termos práticos, de uma única decisão: a de eleger candidatos que representam as elites dominantes. É consequência desta “simulação” de representatividade o reforço da base patrimonialista, geradora de relações políticas descomprometidas com a boa prática, com princípios de legitimidade e de dever funcional, “[...] que predispõem à burocracia, ao paternalismo, à ineficiência e à corrupção”.⁵⁷

⁵⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. Parlamentarismo ou Presidencialismo? *Série Realidade Brasileira*, Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. II, p. 114.

⁵⁶ OLIVEIRA, Raymundo Farias de. *Apud* MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *As vertentes do direito constitucional brasileiro: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 340.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 93.

Em análise sucinta das características do parlamentarismo⁵⁸ é possível destacar que não existe desacordo no exercício das funções executiva e legislativa no sistema parlamentarista. A teoria de Montesquieu, ao menos neste ponto, é perfeitamente aceitável no sistema parlamentarista. Razão pela qual, um dos motivos da falha do sistema de freios e contrapesos na realidade brasileira esteja no sistema de governo presidencialista, posto que, a teoria da separação dos poderes e consequente sistema de freios e contrapesos não foi pensada para este sistema e sim na realidade parlamentarista.

A teoria dos freios e contrapesos teve aplicação destacada nos Estados Unidos, onde a Suprema Corte, com base na Constituição de 1787, teve atuação ativa, inclusive proferindo decisões com reflexos nas políticas dos demais poderes, já materializando o controle difuso de constitucionalidade de leis aprovadas pelo Legislativo ou de atos praticados pelo Executivo.⁵⁹

A ideia da separação dos poderes, ao que tudo indica, surgiu com o propósito de enfraquecimento do Estado, pensado que era como ente totalitário, pretendeu-se limitar sua atuação em nome da garantia das liberdades do indivíduo. O reconhecimento pelas constituições acerca da teoria da separação dos poderes alcançou o condão de ensinar que não se poderia cogitar um Estado democrático sem o reconhecimento da separação. Embora tão difundida a teoria e elevada a dogma constitucional, não existe uma precisão terminológica da separação dos poderes. O conceito de separação dos poderes é, pelo menos, equívoco.⁶⁰

Comumente a teoria da separação dos poderes é distinguida pela limitação ou moderação do poder político por meio de funções estatais predeterminadas, como uma arma ideológica contra as arbitrariedades daqueles que detêm o Poder de Estado.⁶¹ E do sistema de separação de poderes pelas constituições do mundo surgiu “uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos”,⁶² onde os atos praticados pelo Estado, no exercício de suas funções, são determinados e possibilitam o equilíbrio na atuação do poder.

⁵⁸ VERNEY, Douglas. O parlamentarismo. In: CARDOSO, Fernando Henrique; MARTINS, Carlos Estevam. *Política & Sociedade*. São Paulo: Nacional, 1979. v. 1, p. 188-202.

⁵⁹ LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez?* O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 19.

⁶⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 858.

⁶¹ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Ed. Coimbra, 1989. p. 49.

⁶² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 219.

Como virtude da separação de poderes, pode-se mencionar o crescimento da eficiência e da efetividade do governo. Isso se justifica pelas funções especializadas (legislativa, judiciária e executiva). Ora, com áreas especializadas, o governo desenvolve habilidades específicas de cada demanda.⁶³ Embora o sistema tenha passado por crises em que se despontou a hipertrofia de uma função sobre a outra, considera-se apenas o exercício dos freios e contrapesos necessários para manutenção do equilíbrio da soberania.

Não se pode esquecer que a doutrina da separação dos poderes ingressou na realidade dos Estados com uma conotação estritamente jurídica, concebida como um expediente para a garantia do primado da lei sem preocupar-se com a questão da titularidade do poder de a fazer. Analisou-se que tal doutrina pudesse ser colocada a serviço do legislador eleito. Porém, o primado da lei não implica necessariamente a supremacia política do poder legislativo nem o dogma da intangibilidade da lei.⁶⁴

A separação dos poderes desde a sua concepção originária já instituíra a primeira menção ao sistema de freios e contrapesos, posto que, reconhecendo a existência de poderes diferenciados, reconhece-se, logicamente, a necessidade de estabelecer o equilíbrio entre estes poderes, o que só pode acontecer através da fiscalização mútua e contínua, que passa a servir como técnica de organização política do Estado, sendo que a distribuição dos Poderes não precisa fixar-se de forma exclusiva, permitindo o controle recíproco destes, a fim de que o principal norte do ente estatal seja a manutenção das garantias individuais do desenvolvimento humano.⁶⁵

Compreendida como limitação ao poder político e garantia de liberdade, tem sua raiz mais remota na teoria da constituição mista, que iniciou com Aristóteles (traços: constitucional, dualista ou pluralista) e pela recusa deste modelo por Platão (início da pré-história da soberania, considerada radical, que vai de Bodin, Hobbes, Rousseau até Marx – traços: monista-absolutista) e sua raiz histórica mais próxima à Inglaterra no XVIII, como pré-requisito da *rule of law*, de algum modo correspondente ao Estado Constitucional ou de

⁶³ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios & contrapesos: checks and balances*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 77.

⁶⁴ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1989. p. 58.

⁶⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 858.

Direito. Da fusão da doutrina da constituição mista e o princípio moderno da *rule of law*, evoluiu a teoria dos *checks and balances*.⁶⁶

A experiência americana é ímpar, transferindo a democracia alcançada pelo sistema de representação formulado pelo parlamento inglês, em função da preservação dos resquícios da soberania daquelas colônias que se integravam com vistas à formação dos Estados Unidos da América, com o dinamismo das decisões do Presidente da República que efetivamente governa, mas sob os olhares do Congresso.

A teoria da separação dos poderes introduzida nos Estados Unidos foi a de aplicação mais próxima do filósofo do “Espírito das leis”, conquanto a divisão das funções do Estado, chamado indiscriminadamente de poder, foi ordenada sob controles recíprocos de forma muito mais jurídica que política, em face dos estudos e adequações ocorridas pelos sistema presidencialista e teoria dos Cheks and Balances, denominada no Brasil de freios e contrapesos. A essa natureza singular da experiência norte-americana vincula-se um excepcionalismo que é traço marcante dessa tradição democrática.

A teoria da separação dos poderes, melhor dizer das funções do poder, porque o poder é uno e indivisível (recorte sempre necessário para que não se crie uma nova teoria para nosso Estado), foi pensada em uma realidade parlamentarista. Ressalva significativa para a execução da teoria, acredite-se, posto que, no sistema de governo parlamentarista as responsabilidades a cada componente da estrutura administrativa são específicas, e isso, inevitavelmente, irá culminar na aplicabilidade da teoria, a ponto de viabilizá-la ou não, ainda que essa consideração seja mais no plano ideal do que pragmático. Entretanto, o princípio da separação dos poderes desenvolveu, no presidencialismo, as técnicas da independência orgânica e a harmonia dos poderes, ou seja, não configura mais aquela rigidez teorizada.

Novas formas de relacionamento entre os órgãos Legislativo e Executivo e destes com o Judiciário⁶⁷ foram impostas pelo Estado contemporâneo, entretanto, não deve ser compreendido como possibilidade irrestrita de interferência. Poderão ser admitidas, em tese, quando necessárias a impedir abusos de poder, garantindo o pleno exercício das funções de

⁶⁶ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Ed. Coimbra, 1989. p. 17-18.

⁶⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 109.

sistema. Porém, jamais um poder poderá ter o objetivo de sobreposição ao outro. Limites entre poderes deverão sempre ser respeitados.⁶⁸

O princípio da separação dos poderes cinge duas dimensões não relativamente autônomas, a *orgânico-funcional*, na área estadual, para controle, limitação, equilíbrio entre órgãos constitucionais com competências diferentes, que revela a separação institucional ou funcional dos poderes (separação vertical) e a *político-social*, que trata do equilíbrio de poder entre grupos, ou seja, retrata a separação social ou extrainstitucional dos poderes (separação horizontal).⁶⁹

No Estado de Direito contemporâneo, o princípio somente pode ser entendido na sua dimensão orgânica-funcional ou normativa, pois as *potências* político-sociais da sociedade moderna (sociedade de massas, sindicatos, associações econômicas e de empresários) tem seu fundamento no princípio de legitimidade democrática, ou seja, não se refere a equilíbrio institucional de forças políticas *autógenas* (monarca-titular do poder Executivo e sociedade civil/classes burguesas-titular do poder Legislativo), mas sim de grupos sociais relevantes, que deslocam o poder político (antes monopólio do Estado) para áreas *extraestaduais* ou *paraestaduais*, refletindo a opinião da maioria do eleitorado (democracia representativa).⁷⁰

Pensando o pluralismo, há que se diferenciar doutrina e princípio da separação dos poderes, posto que aquela está para a análise e prescrição dos equilíbrios e limitações entre os grupos sociais, atida ao fundamento de legitimidade do poder político do Estado de Direito, que se funda no princípio da legitimidade democrática, enquanto o princípio está para estrutura do poder político-estadual, para a separação normativa dos poderes, não se referindo diretamente às potências sociais.⁷¹ Outrossim, a manutenção do paradigma da separação dos poderes, em que o legislador é titular exclusivo das opções políticas e os juízes são aplicadores do direito preestabelecido, sem nenhum poder criador, ignora o contexto pluralista, no qual o juiz é um “intérprete das aspirações sociais que, a toda hora, é chamado a

⁶⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes*. O poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo. São Paulo: RT, 1994. p. 14.

⁶⁹ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Ed. Coimbra, 1989. p. 231.

⁷⁰ Idem, p. 229-245.

⁷¹ Idem, p. 231-232.

tomar partido, julgar a própria lei”, não podendo manter posição passiva às normas produzidas pelo legislador.⁷²

Ainda que a distinção entre as funções do Estado tenha surgido com escopo prescritivo e garantístico (pela liberdade e segurança individuais), o *dogma* da redução do Estado ao Direito estabeleceu sentido exclusivamente jurídico à teoria da separação dos poderes (classificação material das funções estaduais e complementarmente a classificação formal ou subjetiva), a ignorar o sentido político da teoria (adotado pelos constituintes norte-americanos).⁷³

A função política, entretanto, permanece, mesmo quando a manifestação do poder do Estado era a lei (versão do Estado de Direito), pois há necessidade de definições de natureza eminentemente política, não sendo apreensíveis na dimensão jurídica, como a orientação e direção da sociedade, política em geral, a determinação de interesse público, a interpretação dos fins do Estado, fixação de tarefas do Estado, manutenção e desenvolvimento da ordem jurídica estadual.⁷⁴

Nesse diapasão, a atuação do Poder Judiciário tem natureza política, mas a questão, conquanto, é que o pluralismo efetivo é um dos valores fundamentais do Estado Democrático, a gerar desconforto, posto que, além do dogma da legitimidade representativa (crítica mais comum quanto à atuação do Judiciário), ainda haverá a dificuldade para o estabelecimento de um *critério de verdade* para as escolhas políticas realizadas, inclusive quanto aos direitos humanos, que seriam universais apenas no contexto ocidental.⁷⁵

Note-se que o ativismo judicial radica e se justifica no conjunto de disfunções dos Poderes Legislativo e Executivo, ou seja, a teoria da separação dos poderes e sua consequente aplicação ideal, foi pensada para o sistema parlamentarista e não presidencialista, que é o do Brasil e porque nosso sistema é fruto da fusão de teorias pensadas autonomamente, tornou-se um presidencialismo atípico, o que se reflete em vários aspectos, inclusive nas funções dos poderes do Estado, reconhecendo-se o ativismo democrático-constutivo como uma ação

⁷² Fragmento 1.159 de: COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosofia a hermenêutica jurídica: fragmentos*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 377-378.

⁷³ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1989. p. 247-249.

⁷⁴ Idem, p. 250-252.

⁷⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Tradução Monica de Sanctis Viana. 1. ed. 2. tir. Série IDP- Instituto Brasiliense de Direito Público. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 10-11.

necessária e inevitável, decorrente do nosso sistema, posto que a realização das políticas públicas, em último senso dos desideratos constitucionais, não se realiza exclusivamente nos outros Poderes.

Tem-se, aqui, uma conclusão parcial que anima a continuidade da tese. O ativismo não é arranjo que surge do nada. É um resultado de um processo marcado por disfunções e por desarticulações. Do ponto de vista da *engenharia institucional*,⁷⁶ poderia o observador intuir que a um dos três poderes tradicionais incumbiria assumir a tarefa corretiva e articuladora do modelo político. Quando se tem essa ênfase no Executivo, tem-se a ditadura. Quando se fixa essa ênfase no Legislativo, tem-se a perda da qualidade normativa. Quando se constata essa incumbência no Judiciário, tem-se o ativismo. No bom sentido, o ativismo judicial democrático-constutivo, tal como desenhemos na presente tese. Tudo isso, conduzindo ao raciocínio de que o ativismo judicial democrático-constutivo não se configura uma ruptura da separação dos poderes, mas sim um novo arranjo que o próprio sistema desenvolveu a fim de solucionar questões nascedouras deste tempo e espaço da sociedade.

Como não se pode seguir qualquer estudo sem ao menos revisitar os entendimentos clássicos sobre o tema, no tópico seguinte, analisaremos a visão dos filósofos sobre a atuação do Poder Judiciário.

1.2 CRONOLOGIA DA VISÃO DOS FILÓSOFOS CLÁSSICOS SOBRE A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Reiteradamente lembrada a autoria da doutrina pelo Barão de La Brède, há de se fazer justiça com os precursores que já vislumbravam uma melhor adequação do poder estatal. Foi sugerido em Aristóteles (*A política*), John Locke (*Ensaio sobre o governo civil*) e Rousseau (*O contrato social*), e, claro, lapidada e divulgada por Montesquieu. São os clássicos da doutrina política. Nos ombros desses autores é que nos esforçamos para a compreensão do horizonte. Posteriormente, ganhou força no processo de constitucionalismo americano e ícone da Revolução Francesa (Declaração dos Direitos Humanos).⁷⁷ A doutrina de Montesquieu, tornou-se cada vez mais importante e sólida, como uma garantia do Estado de Direito,

⁷⁶ MONTESQUIEU, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 177.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 109.

ganhando, inclusive, *status* constitucional,⁷⁸ mas no transcorrer dos séculos sofreu alterações significativas, adequando-se aos tipos de Estado e sistemas de Governo de vários países e momentos históricos diferentes. O que inicialmente era considerada como rígida separação dos Poderes, avançou atenuando-se para possíveis, mas ainda limitadas, interferências entre os poderes.⁷⁹

Temos, assim, que foi longo o caminho percorrido para que o Poder Judiciário, antes sequer referido como poder principal de um Estado, passasse a ser condicionante e determinante da atuação dos demais poderes, inclusive no que se refere a algumas políticas públicas e na própria condução dos caminhos do Estado em suas decisões políticas. Faz-se, assim, necessária uma rápida incursão sobre o tema da separação dos poderes analisado sob o prisma das incursões de filósofos que margearam o tema.

Em Platão (séc. 428 a 247 a.C.) ao tratar da cidade ideal, percebe-se a permiciosidade da concentração de poderes em uma única pessoa. Destacou que “cada coisa tem sua função e uma virtude própria que lhe permite preencher vantajosamente tal função”.⁸⁰ E, nesse prisma, chama a atenção para as formas degeneradas das constituições, indicando que, em geral, a democracia sucederá a oligarquia, mas que a tirania é o próprio triunfo da injustiça.⁸¹

Ainda que transluzido em seus diálogos sobre justiça e verdade, pode-se afirmar que a concentração e a inversão na harmonia dos poderes decorrentes da vida em sociedade eram vistos como um mal por Platão, como se percebe na passagem de um de seus diálogos: “Quando os guardiães das leis e da cidade são guardiães apenas na aparência, percebes que eles a arruinam de alto a baixo, ao passo que, de outro lado só eles possuem o poder de administrá-la bem e torná-la venturosa”.⁸²

Em Aristóteles (séc. IV a.C.), tido como o antecedente mais remoto da separação de poderes, ainda que aluno de Platão, vislumbra-se a separação de poderes em uma forma tripartite, como se percebe em sua obra *A política*, que delineia a atuação de um órgão

⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 31.

⁷⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes*. O poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo. São Paulo: RT, 1994. p. 17-18.

⁸⁰ PLATÃO. *A República*. Introdução e notas de Robert Baccou. Tradução J. Guinsburg. Clássicos Garnier. Da difusão europeia do livro. São Paulo, 1965. 1º v. (Coleção Dirigida por Vitor Ramos.), p. 19.

⁸¹ Idem, p. 44.

⁸² Idem, p. 198.

Executivo, um Judiciário e um Deliberativo, sendo o último “o verdadeiro soberano”.⁸³ E a conclusão de Aristóteles parte da própria necessidade de especialização das variadas funções que permeavam a vida em uma cidade, para que cada pessoa possuísse uma especialidade em determinada área. Ao contrário disso, todos seguiriam a mesma função, o que não contribuiria ao avanço da sociedade.

Tratando especificamente da materialização do poder, avultou que o governo seria o exercício do poder soberano de um Estado, poder este que poderia estar nas mãos de um só, de uma minoria ou de uma maioria de pessoas, já destacando diferença entre a monarquia, a aristocracia e a república, sendo que, em fase de degeneração, nenhuma delas volta-se ao interesse público: a monarquia voltada unicamente para a utilidade do monarca, a oligarquia, para os ricos, e a democracia, para os pobres ou as pessoas pouco favorecidas.⁸⁴

Em título específico da obra *A política*, de Aristóteles, já se chama a atenção para os “Três Poderes Existentes em Todo Governo”, destacando que “o primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição”. O primeiro seria o Poder Deliberativo, atribuído à Assembleia, da alçada de todos os cidadãos. O Poder Executivo, cujos membros, escolhidos, sempre poderiam ter seu tempo de exercício predeterminado, sendo que, embora os membros de tais cargos se chamassem magistrados, já alertava para a pouca utilidade da forma como eram chamados ou sobre as origens da palavra magistratura. Mais importante que o nome era a função. E, por fim, tratou do Poder Judiciário, sendo que a ordem judiciária seria o terceiro órgão da Constituição e do Governo.⁸⁵

Interessante observar que filósofos mais modernos sempre se valem das premissas trazidas por Aristóteles para desenvolver ou sistematizar a divisão das funções do Governo. No século XVIII, com supedâneo em Aristóteles, surgiram modelos de Estados em que a base era o respeito à Lei, ou seja, o Estado de Direito, sempre corroborando a separação dos poderes, que pressupunha a distinção das funções em legislativa, administrativa ou executiva e a jurisdicional, ou seja, tripartição das funções do Estado: “[...] a separação de poderes,

⁸³ ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 76.

⁸⁴ Idem, p. 58-62.

⁸⁵ Idem, p. 75-85.

como se indicou acima, pressupõe a tripartição das funções do Estado, ou seja, a distinção das funções legislativa, administrativa (ou executiva) e jurisdicional”.⁸⁶

O tema da separação dos poderes não escapou à tradição cristã medieval. Referimo-nos a São Tomás de Aquino (séc. XIII), também intérprete de Aristóteles, de quem é o mais estruturado intérprete. Justiça, ética e política subsidiaram essa tradição hermenêutica. O Doutor Angélico pontuava que para o Judiciário efetivar a justiça, deveria contar com um número elevado de juízes para analisar as normas no momento da emergência da ocorrência dos fatos, determinando a execução das normas.

Ao contrário do legislador, que deveria prever os acontecimentos dos fatos para ser capaz de legislar o maior número das situações. Para ele, seria mais fácil um juiz envolver-se em interesses das partes (pois está diretamente em contato com a situação fática) do que o legislativo, que se manteria afastado, sendo mais difícil sofrer influências dos casos concretos.⁸⁷

Na Renascença, Maquiavel (1469-1527-séc. XVI), em sua obra *O príncipe*, de 1515, já vislumbrava na França os três poderes distintos, sendo o Executivo exercido por um rei auxiliado por barões, o Legislativo, por um parlamento, e o Judiciário, já com certa independência, ainda que seu objetivo fosse dar mais segurança ao Soberano segundo o filósofo, visto que, agindo o Poder Judiciário em seu próprio nome, pouparia o rei de se imiscuir em determinadas disputas. Isso porque, para o filósofo, um príncipe deveria estimar os grandes, mas não poderia ser odiado pelo seu próprio povo.⁸⁸

Já após a formação dos Estados Modernos, Jean Bodin (1530-1596), ainda que com ideais absolutistas, também identificara a delegação de poderes, quando tratava da unidade e indivisibilidade da soberania, eis que a diluição interna da soberania provocaria um governo anárquico. O filósofo elucidou que o povo entregou ao Senado a administração das funções públicas, com exceção daquelas que eram reservadas e ligadas ao próprio exercício da

⁸⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 133.

⁸⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Direito e justiça em São Tomás de Aquino*. Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67407/70017%20acesso%2012%20junho%202015>. Acesso em: 19 ago. 2018. p. 354-355.

⁸⁸ MACHIAVELLI, Niccolò. *O príncipe*. Versão para eBook. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeecbook/principe.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2018. p. 111.

soberania, como, por exemplo, criação de magistratura, direito de guerra, da vida e o de morte.⁸⁹

Hobbes (1588-1679), no *Leviatã*, em 1651, argumentou que o Estado seria sempre necessário para evitar que os homens entrassem em conflito, sendo que o Estado seria a própria possibilidade de manutenção da vida em sociedade. Também ressaltou a separação dos poderes com previsão de atuação do Poder Judiciário. Assentou que o poder da elaboração das leis seria dado a uma grande assembleia democrática, o poder judicial a uma outra assembleia e a execução das leis a uma terceira assembleia ou homem; e chamam a este governo monarquia mista, aristocracia mista, ou democracia mista, conforme um dos três poderes predomine de maneira muito eficiente.⁹⁰

Também para o inglês Locke (séc. XVII) era percebida a divisão de poderes. Em sua obra *Segundo tratado sobre o governo civil*, destaca-se que o Poder Legislativo gozava de primazia em relação aos demais, eis que o homem, em sua condição natural, seria livre para decidir sobre suas ações sempre dentro do direito natural, sendo, por isso, o legislador a representação do “poder supremo da sociedade política”,⁹¹ sendo que o filósofo inclusive se referia ao Poder Judiciário como uma atividade meio do Poder Legislativo.

Para Locke, havia os poderes Legislativo, Executivo e Federativo, não distinguindo o Poder Judiciário, por considerá-lo ora como parte do Executivo ora como parte do Legislativo. Ressalta a necessária separação entre as pessoas responsáveis por elaborar as leis das incumbidas de sua aplicação, ponderando que não convém que a mesma pessoa que legisle também detenha em suas mãos o poder de executar as leis, pois poderiam isentar-se de obedecê-las ou mesmo adequá-las às suas vontades pessoais, seja no momento de elaboração ou no momento da execução, contrariando a finalidade da sociedade e do próprio governo.⁹²

A partir de Montesquieu (séc. XVIII), passou-se a ter um consenso sobre a separação dos poderes, eis que, dando sequência às ideias de Locke, incluiu o Poder Judiciário na clássica teoria tripartite dos poderes. Destacou a problemática de estarem concentradas as

⁸⁹ BODIN, Jean. *Os seis livros da república* – livro primeiro. Tradução, introdução e notas de José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011. (*Coleção Fundamentos do Direito*). p. 362.

⁹⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2011. (*Coleção Fundamento do Direito*), p. 92.

⁹¹ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Organização: Igor César F. A. Gomes. São Paulo: Vozes, 1994. p. 11.

⁹² Idem, p. 75.

funções legislativa e executiva em uma pessoa ou em um grupo pequeno de pessoas. O mesmo ocorreria com a concentração das funções de julgar e legislar.

O Poder Judiciário sempre foi visto por Montesquieu como forma de manifestação da soberania estatal, sendo dado ao povo, na pessoa do magistrado escolhido pelos pretores, o poder de julgar as causas cíveis, sendo que as causas criminais ainda eram julgadas pelos reis e os cônsules que os sucederam.⁹³ Inclusive, atribui-se a Montesquieu a Teoria dos Freios e Contrapesos, tendo destacado que: “[...] estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares”.⁹⁴

Já antes do marco da história mundial materializado pela Revolução Francesa de 1789, o mencionado filósofo abordava a necessidade de proteção à liberdade individual diante de possíveis arbítrios dos governantes, sendo que tal liberdade era conseguida por meio das leis, fazendo a divisão entre os governos republicano (aquele em que o povo em seu conjunto ou apenas uma parte dele possui o poder soberano), monárquico (onde apenas um governa, mas em função de leis estabelecidas) e despótico (só um governa, sem leis ou regras, apenas em função de suas vontades e caprichos).⁹⁵

Arremata que a democracia ocorre quando, na república, o poder soberano se encontra com todo o povo, e a aristocracia dar-se-ia quando o poder estivesse nas mãos de uma parte do povo. Também já relacionava o respaldo das atividades do julgador às leis, salientando que, a depender da forma de governo, divergiam as formas de julgar. Na monarquia, os juízes são como árbitros e deliberam juntos. Ao contrário do que ocorria em Roma e nas cidades gregas, que os juízes não se comunicavam, e cada um proferia sua opinião.⁹⁶

Na obra de Montesquieu também se vislumbra a necessidade de separar a atividade de julgar da política. Realçou que os conselheiros de um monarca devem compor um pequeno grupo de pessoas, eis que ali os assuntos são tratados, definidos e seguidos com certa paixão.

⁹³ MONTESQUIEU, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 190.

⁹⁴ Idem, p. 173.

⁹⁵ Idem, p. 19.

⁹⁶ Idem, p. 88-89.

Já para a judicatura, o sangue-frio seria sempre exigido, pois no julgamento das causas deve o juiz estar, de certa forma, indiferente.⁹⁷

Ainda, fixa atribuições para cada um dos Poderes, destacando que o Poder Judiciário não deveria se imiscuir na política, devendo sempre partir de uma atuação relacionada a um caso concreto. Dessa forma, percebe-se que, assim como Aristóteles e Locke, Montesquieu sistematizou a necessária divisão do poder estatal, estruturando os pilares das sociedades modernas, que, com base na divisão, buscam a garantia de todas as funções praticadas por um Estado.

Montesquieu, embora não tenha tratado diretamente do Poder Judiciário,⁹⁸ ressaltou que existia em cada Estado três formas de poder. Distinguiu, analisando a constituição de vários Estados, três tipos de poder: “o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil”, sendo que o último ele denominou de poder de julgar, ressaltando que, com base em tal poder, o príncipe ou magistrado “castiga os crimes, ou julga as querelas entre particulares”, tendo arrematado que “o poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer”.⁹⁹

Percebera a problemática de concentrar integralmente o poder estatal na mesma pessoa. Não existiria liberdade se uma única pessoa fosse detentora de mais de um dos poderes, podendo consolidar uma instituição tirana ou opressora, “[...] tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”.¹⁰⁰

As contestações que Montesquieu fizera no século XVIII reverberam nos problemas contemporâneos. A tirania decorrente da concentração da função tripartite em uma única pessoa, especialmente quanto aos julgadores, foi objeto das apreensões de Montesquieu, conforme já mencionado anteriormente. Para o autor do *Espírito das Leis* (1748), a junção do poder de julgar com os demais, resulta na falta de liberdade. Suscita decisões arbitrárias e

⁹⁷ MONTESQUIEU, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 91.

⁹⁸ Idem, p. 168.

⁹⁹ Idem, p. 168-169.

¹⁰⁰ Idem, p. 168.

opressoras. De igual modo, evidenciou-se que o Poder de Julgar quando realizado com equívocos “[...] pode através de suas decisões gerais, devastar o Estado; e, como ainda tem o Poder de Julgar, pode destruir cada cidadão, com suas decisões particulares”. E justamente pela possibilidade de afetação direta na vida dos particulares, o filósofo destaca a necessidade de ter que ser o Poder Judiciário um poder permanente.¹⁰¹ É um pensamento de surpreendente atualidade.

Em sua obra *O contrato social* (1762), Rousseau (1712-1778) destaca a unidade da soberania. Entretanto, mesmo que ela seja indivisível, é perfeitamente possível e necessária a divisão dos Poderes. Elucida que: “[...] sendo a soberania senão o exercício da vontade geral, jamais se pode alienar, e que o soberano, que nada mais é senão um ser coletivo, não pode ser representado a não ser por si mesmo; é perfeitamente possível transmitir o poder, não porém a vontade”.¹⁰²

Assim, considerando que a mencionada indivisibilidade, em seu princípio, da soberania, dividem-na em: “[...] força e em vontade, em poder legislativo e em poder executivo, em direitos de impostos, de justiça e de guerra, [...] ora confundem todas essas partes, ora as separam; fazem do soberano um ser fantástico formado de peças ajustadas; é como se compusessem o homem reunindo diversos corpos [...]”.¹⁰³

Na ebulição do século das luzes e se contrapondo à ordem anterior absolutista então vigente, com a Revolução Francesa, restou materializada na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 a incorporação da separação dos poderes, já destacando que a soberania residia na concepção de Nação que, em seu art. 7º, assegurou que a punição só pode ser determinada por órgão criado legalmente:

Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela Lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser castigados; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da Lei deve obedecer imediatamente, senão torna-se culpado de resistência.

E foi expressa em seu art. 16º, ao determinar que um Estado em que não exista separação dos poderes sequer pode ser referido como um Estado que tenha Constituição:

¹⁰¹ MONTESQUIEU, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 170.

¹⁰² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Princípios do direito político. São Paulo: Ed. Pillares, 2013. p. 36.

¹⁰³ Idem, p. 38.

“Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Expoente pela disseminação do liberalismo, Stuart Mill (1806-1873)¹⁰⁴ pregou a menor interferência possível do Estado nas liberdades individuais, sendo que o objetivo maior era sempre a felicidade do indivíduo. Dessa forma, já prevendo uma atuação mais restrita do Estado, destacou que só seriam legítimas as intervenções estatais quando se buscasse materializar o “princípio do dano a outros”. Ressalta-se de sobremaneira a atuação do Poder Judiciário, eis que, se um indivíduo comete ato danoso a outros, seria legítima a intervenção e punição estatal, podendo suas ideias serem sintetizadas em que se o indivíduo atua apenas em seu interesse, sem causar prejuízo ao interesse dos outros, não precisa prestar contas à sociedade. Por outro lado, caso interfira na esfera de outro, estará sujeito à sanção, com fins protetivos.¹⁰⁵

Mais tarde, Max Weber (1864-1920), em sua obra *Ciência e política: duas vocações*,¹⁰⁶ destaca a necessidade de uso de forma legítima pelo Estado, sendo que o direito do cidadão de se insurgir contra a atuação indevida do Estado também pode incluir o Poder Judiciário, integrante do Estado. Inclusive, restaria pouco espaço para a materialização na vida cotidiana da clássica divisão de poderes, eis que as forças sociais mais poderosas, como a divisão de classes, o capitalismo e o aumento da atividade burocrática, tomariam mais espaço. Weber participou ativamente da vida política alemã no início do século XX. É um dos principais nomes da Constituição de Weimar.

Kelsen (1881-1973) também enfrentou o tema da separação de poderes, destacando que as manifestações do Estado, “sociedade politicamente organizada”, são sempre direcionadas à execução de uma sanção jurídica, ou seja, uma ordem coercitiva, sendo que “o parlamento que decreta um Código Penal e os cidadãos que elegem o parlamento são órgãos do Estado, assim como o juiz que sentencia o criminoso e o indivíduo que efetivamente

¹⁰⁴ SCOVILLE, Eduardo H. Martins L; OLIVEIRA, Gilson Batista de. As contribuições e o pensamento de John Stuart Mill no campo da economia. *Revista FAE – Centro Universitário de Curitiba*, v. 17, n. 1, p. 82, jan./jun. 2014.

¹⁰⁵ ALVES, Rodrigo Vitorino Souza. Sobre a liberdade: indivíduo e sociedade em Stuart Mill. *Revista CEPPG*, n. 25, p. 7, 2/2011. Disponível em: http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/fdcff07f7fa5a0563a24cb83e40a3f5d.pdf. Acesso em: 20 ago. 2017.

¹⁰⁶ WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Tradução Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2015.

executa a punição”.¹⁰⁷ Ao tratar de forma específica sobre os Poderes Executivo e Judiciário e sua diferenciação, destaca que a função primordial é a de criar normas individuais e aplicar sanções, sendo que, apenas em caráter excepcional, pode criar normas gerais, sendo a lição atual a percebida no direito pátrio, por exemplo, nas medidas provisórias do Presidente da República (art. 62 da CF/1988) ou poder regulamentar do CNJ (art. 103-b, § 4º, I, da CF/1988).

O princípio da separação dos poderes, assim como a teoria pura do direito, tem assentes no postulado de que o Estado e o Direito se identificam, entretanto, para Kelsen, do ponto de vista exclusivamente jurídico, as funções estaduais se reduzem a função legislativa e executiva, ou seja, numa construção gradualística, as funções do Estado seriam criação e aplicação do Direito.¹⁰⁸ Dessarte as funções do Judiciário e do Executivo seriam as mesmas, qual seja, a aplicação das leis, sendo que, teoricamente, sequer se poderiam separar suas funções.

Assim, uma separação entre ambos os poderes é bastante limitada e pode ser identificada analisando-se as atividades típicas dos tribunais, quais sejam: a identificação e qualificação do fato como sanção civil ou penal determina como a norma, aplicada ao caso concreto, será aplicada. Logo, a decisão judicial é a solução do conflito de interesses envolvendo as partes litigantes.¹⁰⁹ A diferença maior por ele evidenciada é a de que a função judiciária é pautada pela rogação ou instância, eis que depende de provocação das partes. Já a atividade administrativa deve ser implementada de ofício, sem necessidade de provocação.

Kelsen admitia a separação tripartite dos poderes como um princípio de organização política, mas a questionava, destacando ser tripartição apenas “quantitativa”.¹¹⁰ Todos os atos estatais, fossem eles legislativos, executivos ou judiciários, seriam atos criadores do direito. As funções não seriam divididas em três, mas apenas em duas funções, a de criar e a de aplicar o direito, sendo que as fronteiras entre essas funções não seriam fáceis de delimitar, eis

¹⁰⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 277 e 390.

¹⁰⁸ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Ed. Coimbra, 1989. p. 249-250.

¹⁰⁹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 391.

¹¹⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 120.

que as funções de criar e aplicar o direito não podem ser reduzidas ao dualismo entre as instituições componentes dos poderes executivo e legislativo.

Os Tribunais cumprem função legislativa quando anulam leis inconstitucionais. Destaca ser a função judiciária uma função executiva porque executa normas gerais, quando decide uma controvérsia, indicando o tipo particular de execução de normas gerais ao qual se poderia chamar de judiciária.¹¹¹ A função judicante, e seus limites, é fonte de permanente discussão.

Assim, não haveria uma separação precisa entre os poderes judiciário e executivo, eis que ambos exerceriam funções idênticas, quais sejam, a aplicação da lei, sendo que a distribuição entre ambos os poderes seria meramente burocrática, destacando que pela dinâmica do direito, “o estabelecimento da norma individual pelo tribunal representa um estágio intermediário do processo que começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção”.¹¹²

Dessa forma, o direito estaria em constante recriação por parte do Poder Judiciário. Entretanto, mesmo considerada a previsão do tribunal de poder exercer a função de legislador quando cria normas individuais e não normas jurídicas gerais, quando se considera a existência de partes nos processos que chegam ao poder judiciário nas demandas coletivas ou de controle concentrado de constitucionalidade, os efeitos superam o âmbito de abrangência apenas das partes, merecendo uma rediscussão, embora se possa concluir que ganha força a visão de Kelsen de não haver uma separação absoluta ontologicamente.

1.3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O órgão de cúpula do Poder Judiciário, com o fim de guardar a Constituição Federal (art. 102 da CF/88) é o Supremo Tribunal Federal. Com a previsão constante da Carta de 1824, criou-se em 1828 o Supremo Tribunal de Justiça a substituir a Casa de Suplicação, instituída pelo príncipe regente D. João em 1808.¹¹³ Entretanto, a denominação de Supremo Tribunal Federal somente foi adotada na Constituição Provisória publicada com o Decreto n.

¹¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 391.

¹¹² Idem, p. 263.

¹¹³ MELLO FILHO, José Celso de. 1945-. *Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)*/Ministro Celso de Mello. 2. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. p. 8.

510, em 22 de junho de 1890, sendo repetida no Decreto n. 848, do mesmo ano, trazendo inovação e alçando um panorama político nos moldes da Suprema Corte Norte Americana.¹¹⁴

O Tribunal, assim como ocorria com a Casa de Suplicação, tinha por missão a aplicação da lei, não havendo previsão para a aferição de constitucionalidade das leis, ainda que contasse com caráter político. Isso seria um atentado à separação dos poderes. O Poder Moderador tinha a função de guardar a Constituição.¹¹⁵ Também o regime constitucional seguido pelo regime imperial não trazia previsão de controle de constitucionalidade, seguindo-se em grande parte o modelo francês de separação dos poderes.¹¹⁶

No Brasil Colônia eram quatro os poderes (Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador) e não havia plena independência entre os poderes, notadamente pela atuação absolutista do Imperador, que cumulava os Poderes Executivo e Moderador e que não tinha nada de moderado. A pessoa do Imperador era inviolável, tornando-se intocável pelos Poderes Legislativo e Judiciário. Havia uma mistura entre as funções administrativas e judicantes.

Nesse período, o órgão de cúpula da Justiça no Brasil Colônia era a Casa de Suplicação de Lisboa, que ficava em Portugal, para o qual eram enviados os recursos de quem se sentisse inconformado com as decisões das autoridades locais da colônia, o que perdurou até 1808, quando se criou, quando da vinda da família real para o Brasil, fugida das tropas de Napoleão, por meio de Alvará de D. João, a Casa de Suplicação do Brasil.¹¹⁷ Dessa forma, o Rei estava situado acima do órgão de cúpula do Poder Judiciário, por ser soberano e não sujeito a qualquer tipo de responsabilização por parte do Tribunal.

Sob a égide da Constituição de 1824, criou-se o Supremo Tribunal de Justiça, sendo sua sede na então capital do Império, Salvador, Bahia. O art. 163 da referida Carta preconizava que na Capital do Império, além da relação, que deveria existir, assim como nas demais províncias, haveria também um Tribunal com a denominação de Supremo Tribunal de Justiça, composto de Juízes Letrados, tirados das relações por suas antiguidades, e seriam

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Histórico do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.SupremoTribunalFederal.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreSupremoTribunalFederalConhecaSupremoTribunalFederalJulgamentoHistorico&pagina=SUPREMOTRIBUNALFEDERALHistorico>. Acesso em: 5 maio 2019.

¹¹⁵ ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras*. Mandamentos: Belo Horizonte, 2004. p. 128.

¹¹⁶ Idem, p. 143.

¹¹⁷ OLIVEIRA, Sônia Maria Queiroz de. *Retrospectiva histórica da Justiça no Brasil: sob os auspícios da casa da suplicação até a criação Supremo Tribunal de Justiça (1808 A 1828)*. Disponível em: <http://www.fadivale.com.br/portal/revista-online/revistas/2007/sonia.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2019. p. 2-7.

condecorados com o Título do Conselho, sendo que na primeira organização poderiam ser empregados no Tribunal os Ministros daqueles, que se havia de abolir. As decisões buscavam efetivar os direitos de primeira geração elencados no art. 179 da Carta Outorgada por D. Pedro I. O Supremo, de então, via-se quase totalmente alheio a questões políticas, já havendo então incipiente conflito entre o Judiciário e os demais poderes, influência no processo eleitoral, no direito administrativo e na economia.¹¹⁸

Era grande a dependência do Tribunal ao governo, sendo sua atuação limitada. E nem poderia ser diferente, visto que era forte a influência do modelo francês no século XIX, em que a Corte de Cassação tinha função meramente anulatória, sem apreciação do mérito quando o Tribunal, após reconhecer a violação da lei, determinava que o juiz *a quo* proferisse nova decisão. O tribunal não possuía competência para julgar os atos da Administração Pública, atribuição que cabia ao Conselho de Estado,¹¹⁹ composto por Conselheiros vitalícios nomeados pelo imperador, nos termos do art. 137 da Carta de 1824.

Dessa forma, embora a Constituição de 1824 fosse expressa em preconizar a independência do Poder, consignando em seu art. 151 que “o Poder Judicial independente, e será composto de Juízes, e Jurados, os quais terão lugar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Códigos determinarem”, o Supremo não era um tribunal considerado constitucional, arbitrando os conflitos entre os poderes.

A Carta nada dizia sobre a competência para o exercício do controle de constitucionalidade. Havia ainda forte caráter subsidiário do Supremo Tribunal de Justiça em relação ao Conselho de Estado. Na prática, o Conselho de Estado acabou por esgotar a atuação do Supremo Tribunal que, como consequência, passou a um nível de instância inferior, tornando-se um tribunal de recursos em causas administrativas, assumindo o papel de árbitro para esclarecer as lacunas da legislação, impondo limites e definindo as competências.¹²⁰

Alguns temas decididos pelo Conselho, como a liberdade de culto, os casamentos não católicos e a não aprovação de um Código negro (já que os conselheiros trataram a questão da

¹¹⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima (Org.). *O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 85-90.

¹¹⁹ ALMEIDA, Carla Beatriz de. *O Supremo Tribunal de Justiça no Segundo Reinado (1849 a 1855)*: “um pouco de homens, outro pouco de instituição”. Disponível em: <http://www.ufjf.br/ppghistoria/files/2013/03/Carla-Beatriz-DISSERTACAO.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2017. p. 74-77.

¹²⁰ MARTINS, Maria Fernanda Vieira. *A velha arte de governar: um estudo sobre política e elites a partir do Conselho de Estado (1842-1889)*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2007. p. 371.

liberdade dos africanos de forma moderada, a fim de evitar maiores discussões públicas),¹²¹ não descaracterizaram a atuação limitada dos juízes, visto que o discurso vigente seria de que o legislador seria o soberano (leia-se que é soberano porque representava o povo nas assembleias), assim os juristas ficavam engessados, pois contrariar a lei definida pelas assembleias (parlamentos e órgãos representativos) seria uma contradição, e os posicionariam acima do soberano (representante da vontade popular).¹²²

A busca de implementação do princípio da separação dos poderes e a desconfiança em relação à magistratura serviram de fundamento para a criação, na França, da jurisdição administrativa, o chamado contencioso administrativo, que tinha atuação paralela à jurisdição comum, instituindo-se, dessa forma, o sistema da dualidade de jurisdição.

Na França, as decisões provenientes dos tribunais administrativos não podiam ser revistas pelo Poder Judiciário, sendo que havia, ainda, em hierarquia superior, e acima do Conselho de Estado e dos órgãos do Judiciário, na estrutura francesa, o Tribunal de Conflitos, com atribuições para julgar os conflitos de competência entre as duas justiças. Deve-se à elaboração jurisprudencial do Conselho de Estado francês a construção do Direito Administrativo e o desenvolvimento inúmeros princípios informativos do Direito Administrativo, incorporados ao regime jurídico de inúmeros outros países, entre eles o Brasil.¹²³

A instituição da República deu início a jornada de incursão do Poder Judiciário na vida política pátria. Podem ser vislumbradas como demandas iniciais a chamar a atuação política do Poder Judiciário, na falta de remédio constitucional específico, as suscitadas por *Habeas Corpus*, que buscavam permitir atos de intervenção federal nos Estados, bem como a análise de atos puramente políticos, desde que vinculados à lesão a direito individual.¹²⁴ Ao menos legalmente, atribuiu-se-lhe a função de dirimidor também das questões de ordem pública, eis que possuía a função de proteção dos direitos individuais contra atos contrários à Constituição

¹²¹ ALMEIDA, Carla Beatriz de. *O Supremo Tribunal de Justiça no Segundo Reinado (1849 a 1855)*: “um pouco de homens, outro pouco de instituição”. Disponível em: <http://www.ufjf.br/ppghistoria/files/2013/03/Carla-Beatriz-DISSERTACAO.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2017. p. 81.

¹²² Idem, p. 77.

¹²³ Temas como responsabilidade do Estado, teoria do desvio de poder, dos motivos determinantes e contratos administrativos não eram considerados pela Justiça comum. Entretanto, por aqui, não se institucionalizou de forma tradicional o contencioso administrativo, à exceção da normatização da Constituição de 1967 que permitira um incursão tupiniquim sobre o sistema adotado na França. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 297.

¹²⁴ SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as questões jurídicas*. Síntese: Porto Alegre, 2004. p. 88.

provenientes dos poderes Executivo e Legislativo. E, com isso, passou a preservar as instituições republicanas conforme as diretrizes da Lei Suprema.¹²⁵

O Poder Judiciário sempre atuou de forma tímida em relação à análise das políticas implementadas pelos demais poderes, ainda que orientação brasileira tenha tido por supedâneo o Direito Público Norte-Americano, que nos fornecera o modelo para nossa primeira Constituição da República, adotando-se por aqui todos os postulados do *rule of law* e do *judicial control*, institutos originários da Federação coirmã.

A Justiça na época do Brasil Império não era dotada de expressão política. Esse Poder limitava-se a resolver controvérsias do direito privado. Após, com a instituição da República, o Judiciário foi elevado a um plano superior. Agora, além de solucionar conflitos individuais, o Judiciário também seria o guardião dos direitos individuais perante eventuais abusos cometidos pelo Poder Legislativo ou Executivo. De certo modo, o Judiciário passou a ser o garantidor das instituições republicanas e dos direitos individuais dos homens.¹²⁶ Nesse sentido, o Judiciário passou a influenciar também, mesmo que indiretamente, a política do país.

Conta-se que, na sessão de 16 de abril de 1898, ao conceder ordem ao *Habeas Corpus* n. 1.073 (Relator designado Ministro Lucio de Mendonça), na qual se decidiu que encerrado o estado de exceção também se encerrariam todas as medidas de repressão tomadas pelo Executivo naquele período, “[...] pois a possibilidade desse controle jurisdicional, findo o sítio, não é excluída pela competência atribuída ao Congresso Nacional para o julgamento político dos agentes do Executivo (Jurisprudência, p. 19/28, item n. 18, 1899, Imprensa Nacional)”. Por este motivo, o então Presidente Prudente de Moraes, manifestou intenção de renunciar o mandato, reconsiderando sua decisão dias depois, quando entendeu por bem cumprir a decisão do STF.¹²⁷

Na Constituição Republicana de 1891 verifica-se a gênese de um novo Poder Judiciário, com a missão de proteger a Constituição. Segundo ventos liberais da modernidade, alçou em seu art. 15 serem “órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o

¹²⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. 1828-2003: *Supremo Tribunal, sessão solene comemorativa dos 175 anos da criação da Suprema Corte do Brasil*: sessão realizada em 18-9-2003. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004. p. 19-20.

¹²⁶ Idem, *ibidem*.

¹²⁷ MELLO FILHO, José Celso de. 1945-. *Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)*/Ministro Celso de Mello. 2. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. p. 15.

Judiciário, harmônicos e independentes entre si”. Junto com outras contribuições norte-americanas como o presidencialismo e o federalismo, importou-se também o *judicial review* (com quase 100 anos de atraso, na medida em que já datava de 1803 as hipóteses iniciais de controle constitucional norte-americano), criando-se nossa versão de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.

Iniciava-se a ascensão da Corte dos campos políticos, conferindo ao Poder Judiciário a possibilidade de declarar nulos os atos dos poderes Legislativo e do Executivo e, por consequência, de outros atos políticos. A redação originária do art. 59 da Constituição de 1891¹²⁸ trouxe a previsão de foro por prerrogativa de função para processamento e julgamento do Presidente da República e de seus Ministros.

Referido artigo ainda previa a possibilidade de questionamento sobre a validade e a aplicação de tratados e leis federais em face da Constituição. Os atos dos Governos dos Estados também podiam ser questionados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas. O prestígio à jurisprudência, notadamente em relação à do STF, mereceu destaque, estabelecendo o § 2º do art. 59 da Carta de 1891 que “nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa,

¹²⁸ “Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete.

I – Processar e julgar originaria e privativamente:

- a) o Presidente da Republica nos crimes communs e os Ministros de Estado nos casos do art. 52;
- b) os ministros diplomaticos, nos crimes communs e nos de responsabilidade;
- c) as causas e conflictos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros;
- d) os litígios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados;
- e) os conflictos das juizes ou Tribunaes Federaes entre si, ou entre estes e os dos Estados, assim como os dos juizes e tribunaes de um Estado com os juizes e tribunaes de outro Estado.

II – Julgar, em gráo de recurso, as questões resolvidas pelos juizes o Tribunaes Federaes, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60.

III – Rever os processos findos, nos termos do art. 81.

§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá. recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade ou applicação de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella;

- b) quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do Tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas.

§ 2º Nos casos em que houver de applicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudencia dos tribunaes locaes, e vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudencia dos Tribunaes Federaes, quando houverem de interpretar leis da União.”

as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União”.

Sob a égide da Constituição de 1934, além de mudança do nome para Corte Suprema, houve um incremento no sistema de controle de constitucionalidade, mantendo-se o sistema de controle difuso de 1890, mas já se vislumbrando ali a atribuição do Senado para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (art. 91, IV, Constituição de 1934).

A mudança sugerida nesta Constituição identifica um ambiente primário para o ativismo judicial nas políticas públicas, consideração significativa para aquele momento histórico,¹²⁹ considerado o padrão de relacionamento que se iniciara na Primeira República e a submissão do Supremo em relação aos demais poderes, principalmente o Executivo.¹³⁰ Pode-se indicar como apogeu da isenção que as políticas tinham em relação ao Poder Judiciário as Cartas de 1934 e 1937. Ambas traziam um mesmo texto (arts. 68 e 94, respectivamente): “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”.

A Constituição de 1946 (fim da Era Vargas) apresentou aspiração redemocratizante. Suprimiu-se a vedação à análise judicial das questões políticas, além de restar sedimentada a unidade de jurisdição, não se permitindo afastar quaisquer controvérsias do âmbito de apreciação do Poder Judiciário. O § 4º de seu art. 141 preconizava que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. A previsão constitucional, entretanto, conviveu com a timidez da Corte à época, que nas crises, e várias se sucederam, muitas vezes, além de incorporar a justiça cega, também a fazia se quedar surda

¹²⁹ Trata-se da chamada “Era Vargas”, que em seu primeiro governo, “mesmo reconhecido o governo de fato instalado pelo político gaúcho, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, foram expedidos decretos suspendendo garantias constitucionais dos magistrados, excluindo os atos revolucionários do âmbito de apreciação judicial e reduzindo o número de ministros da Corte de 15 para 11. O golpe de misericórdia na brutal sucessão de interferências diretas no funcionamento da Corte foi dado pelo Decreto n. 19.711, de 18.02.1931, que, considerando a redução do número de ministros (promovida pelo Decreto n. 19.656, editado quinze dias antes) e considerando que ‘imperiosas razões de ordem pública’ estavam a exigir o “afastamento de ministros que se incompatibilizaram com suas funções por motivo de moléstia, idade avançada ou outros de natureza relevante”, decretou a aposentadoria de seis ministros, inclusive o diplomático Presidente Godofredo Cunha”. SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as questões jurídicas*. Síntese: Porto Alegre, 2004. p. 96.

¹³⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: RT, 1994. p. 75.

e muda,¹³¹ não raramente decidindo de forma favorável às pretensões dos detentores de poder.¹³²

No Poder Revolucionário, o Ato Institucional n. 1 preservou a competência do STF quanto aos julgamentos entre a União e os Estados-membros e circunstancialmente quanto à constitucionalidade dos atos dos outros Poderes da República. Embora mantido o modelo clássico do funcionamento harmônico e independente entre os Poderes, evidenciou-se formalismo na sua aplicabilidade, revelado pela distância entre normas e fatos, leis e realidade político-militar.

Assim a Revolução de março de 1964 implantou uma solução política *sui generis*, admitindo o funcionamento dos *poderes desarmados* e a intocabilidade dos princípios da Federação e República, tudo sob a égide da Constituição de 1946.¹³³ A Revolução, entretanto, também acirrou conflitos entre o Executivo-Revolucionário e Poder Judiciário, especialmente em razão da deposição de vários governadores e afastamento de vários secretários-de-estado, que levadas ao Judiciário na constância das regras preservadas na Constituição de 1946, de tramitação judicial e foro especial por prerrogativa de função, implicavam na contrariedade aos objetivos do poder militar e culminando no Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965, que interferiu diretamente na estrutura do STF,¹³⁴ que, contrariando os integrantes do regime, tiveram suspensas as garantias da magistratura a permitir a composição também por ministros alinhados a este politicamente, aumentando-se a composição da Corte Constitucional para 16 (dezesesseis) Ministros.¹³⁵

Na Constituição de 1967 prevalecera o autoritarismo e o arbítrio político. Houve incremento na década de oitenta de movimentos que culminaram com a instituição da Assembleia Nacional Constituinte, mas o percurso da Suprema Corte não foi fácil, preferindo,

¹³¹ SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as questões jurídicas*. Síntese: Porto Alegre, 2004. p. 96.

¹³² ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras*. Mandamentos: Belo Horizonte, 2004. p. 193.

¹³³ VALE, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976. p. 2-3.

¹³⁴ Idem, p. 4.-5.

¹³⁵ ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras*. Mandamentos: Belo Horizonte, 2004. p. 336.

muitas vezes, a atuação como figurante à protagonista no que se referia a confronto político com o Executivo.¹³⁶

A Constituição de 1988, por toda estrutura e inovação, definitivamente inaugurou o avanço do Poder Judiciário na seara política. Ainda que não se tenha criado um Tribunal Constitucional especializado nos moldes europeus, as atribuições criadas pela Carta Cidadã permitiriam uma atuação judicial bem aproximada da que se vinha implementando no Velho Continente. Isso porque as competências trazidas pela Constituição de 1988, embora já tivessem sido outorgadas ao STF pelos ordenamentos jurídicos constitucionais anteriores, instituíram a possibilidade de a Corte Suprema apreciar as omissões inconstitucionais (art. 103, § 2º, da CF/88¹³⁷) e de a Corte enfrentar o confronto de legislação qualquer anterior com a Constituição Federal (art. 102, § 1º, da CF/88¹³⁸).

O Judiciário mantém o seu papel de garantidor dos direitos individuais do ser humano, soluciona conflitos particulares e de certa forma influencia em questões políticas do país. É nesse contexto que se encontra o ativismo judicial. Nesse raciocínio, o Ministro Celso de Mello elucida que

[...] o chamado ativismo judicial é uma resposta do Supremo a provocações formais da sociedade a partir de mecanismos criados pela Constituição para neutralizar o caráter lesivo das omissões do Congresso ou do Executivo. Nesses casos, não há interferência indevida do Supremo: o tribunal está apenas cumprindo sua função.¹³⁹

Veja que ali já se reconhece a atuação ativista do Supremo, defendida também pelo mencionado Ministro em seu discurso de ascensão do Ministro Gilmar Mendes à Presidência do STF, quando indicou que o ativismo exercido pela Suprema Corte é uma necessidade da

¹³⁶ “Na década de 80, um acontecimento marcante foi a tentativa de invalidação judicial das medidas de emergência decretada para prevenir supostos distúrbios pela proximidade da data de votação, no Congresso Nacional, da chamada Emenda Dante de Oliveira, que propunha eleições presidenciais diretas já para o mandato seguinte. Um editorialista do *Estado de São Paulo* impetrou mandado de segurança junto ao Supremo. A resposta: ação não conhecida por ilegitimidade passiva. O Presidente da República, que assinara o ato impugnado, não podia ser réu. A emenda foi rejeitada e as medidas de emergência, executadas sem qualquer embaraço. Novamente, diante de uma situação crítica, o Supremo esquivou-se de uma manifestação que enfrentasse a matéria de fundo, recorrendo novamente às ‘fugas de substância pelas rotas da intenção e do processo’ de que fala DWORKIN”. SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as questões jurídicas*. Síntese: Porto Alegre, 2004. p. 98.

¹³⁷ Art. 103, § 2º, da Constituição Federal/1988: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

¹³⁸ Art. 102, § 1º, da Constituição Federal/1988: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

¹³⁹ BRASIL. *Anuário da justiça de 2010*. São Paulo: Consultor jurídico, 2010. p. 77.

própria República, “[...] uma necessidade institucional, quando a inércia do Poder Público desrespeita a Constituição e ofende direitos que nela se fundam”.¹⁴⁰

Na tentativa de liberar o STF para as incursões na política, a CF/88 transferiu várias atribuições da Corte Suprema para o Superior Tribunal de Justiça, bem como em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário como um todo, considerado o controle difuso de constitucionalidade, retratando um novo paradigma do princípio da separação dos poderes, inclusive, sedimentou ser “inconstitucional a criação, por Constituição estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros Poderes ou entidades” (Súmula 649/STF).

O próprio STF¹⁴¹ reconhece a impossibilidade de se transformar em legislador positivo, por ser tal função típica do Poder Legislativo, ou em Poder Executivo, quando a Corte entende que “os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de ‘relevância’ e ‘urgência’ (art. 62 da CF), apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da regra da separação de poderes (art. 2º da CF)”.¹⁴²

No mesmo sentido (harmonia e independência entre os poderes, mesmo sob o manto do novo paradigma), que o Poder Legislativo não avance em relação ao Poder Executivo, como quanto “as restrições impostas ao exercício das competências constitucionais conferidas ao Poder Executivo, incluída a definição de políticas públicas, importam em contrariedade ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes”.¹⁴³

¹⁴⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 394.

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.063/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 18 maio 1994. *DJ* 20 maio 1994: “O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL como legislador negativo. A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador.”

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.213/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 4 abr. 2002. *DJ* 23 abr. 2004; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.647/PA*. Relator: Min. Celso Velloso. Julgado em: 2 dez. 1998. *DJ* 10 dez. 1998; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.753/DF*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence Julgado em: 17 set. 1998. *DJ* 29 set. 1998; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 162/DF*. Relator: Min. Moreira Alves. Julgado em: 2 ago. 1993. *DJ* 6 ago. 1993.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.102/RJ*. Relator: Min. Carmen Lúcia. Julgado em: 30 out. 2014. *DJ* 17 nov. 2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 170/RS*. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 19 fev. 2014. *DJE* 28

Note-se a aplicabilidade do paradigma da separação dos poderes, no tema do reconhecimento da situação precária das penitenciárias, inclusive com imposições relativas à aplicação de verbas do Fundo Penitenciário Federal, embora reconhecendo que o quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais decorre de falhas estruturais e falência de políticas públicas, o STF anotou que a modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, caracterizando o sistema penitenciário nacional como em "estado de coisas inconstitucional",¹⁴⁴ sendo lícito ao Poder Judiciário, a considerar a dignidade da pessoa humana “impor à administração pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais”¹⁴⁵ ou mesmo determinar a hospital público a prestação de determinado serviço de saúde, considerando-se política constante da Constituição e ponderando sobre os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível.¹⁴⁶

O ativismo democrático-constutivo necessário e inevitável nas políticas públicas decorre dos ditames constitucionais da Carta Magna de 1988 sob a alcatifa deste novo paradigma da independência e harmonia entre os poderes, que permitiu a inserção do Poder Judiciário nas atividades políticas dos demais poderes, sem, contudo, desconsiderar a existência de funções diferentes aos Poderes, como premissa inicial, o que por si só o diferencia do ativismo judicial classicamente concebido, que sugere uma atitude proativa do Poder Judiciário, enquanto aquele é inevitável no contexto jurídico contemporâneo.

mar. 2014. “É inconstitucional qualquer tentativa do Poder Legislativo de definir previamente conteúdos ou estabelecer prazos para que o Poder Executivo, em relação às matérias afetas a sua iniciativa, apresente proposições legislativas, mesmo em sede da Constituição estadual, porquanto ofende, na seara administrativa, a garantia de gestão superior dada ao chefe daquele Poder. Os dispositivos do ADCT da Constituição gaúcha, ora questionados, exorbitam da autorização constitucional de auto-organização, interferindo indevidamente na necessária independência e na harmonia entre os Poderes, criando, globalmente, na forma nominada pelo autor, verdadeiro plano de governo, tolhendo o campo de discricionariedade e as prerrogativas próprias do chefe do Poder Executivo, em ofensa aos arts. 2º e 84, II, da Carta Magna”.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.343/DF*. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 1 nov. 2011. *DJE* 22 nov. 2011. “Ofende a denominada reserva de administração, decorrência do conteúdo nuclear do princípio da separação de poderes (CF, art. 2º), a proibição de cobrança de tarifa de assinatura básica no que concerne aos serviços de água e gás, em grande medida submetidos também à incidência de leis federais (CF, art. 22, IV), mormente quando constante de ato normativo emanado do Poder Legislativo fruto de iniciativa parlamentar, porquanto supressora da margem de apreciação do chefe do Poder Executivo distrital na condução da administração pública, no que se inclui a formulação da política pública remuneratória do serviço público.”

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.347/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio Julgado em: 9 set. 2015. *DJE* 19 fev. 2016.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 592.581/RS*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 13 ago. 2015. *DJE* 1 fev. 2016.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 642.536/AP*. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 5 fev. 2013. *DJE* 27 fev. 2013.

CAPÍTULO 2. DEMOCRACIA JUDICIAL: LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL CONSTITUCIONAL

A atuação do Poder Judiciário, manifestando-se proativamente, a revelar o ativismo democrático-constutivo na implementação de políticas públicas, tem sua semente sempre analisada no terreno da democracia, em sua concepção mais ingênua, que parece ser o (des)respeito à vontade majoritária, que tem no Legislativo a sua representatividade ou o reconhecimento aos tribunais a possibilidade de consertar e reapreciar as opções valorativas majoritárias, ainda que nesta análise prevaleça a vontade contramajoritária (minorias). O *interpretacionismo* (juiz se limita a cumprir as normas explícitas ou claramente implícitas da constituição escrita) e o *não interpretacionismo* (juiz faz cumprir as normas, mesmo que não claramente indicadas na Constituição).¹⁴⁷

A democracia moderna é explicada por várias teorias: teoria da democracia crítica,¹⁴⁸ teoria pluralista da democracia, teoria elitista da democracia, teoria da democracia do ordoliberalismo, teorias normativas da democracia (teoria liberal, concepção republicana, democracia deliberativa, democracia discursiva, democracia corporativista), concepção minimalista de democracia e democracia eletrônica.¹⁴⁹

Para a democracia crítica, a democracia é um regime político imperfeito, com limites discutíveis, onde a soberania popular é limitada (falível, mas com capacidade de agir para o melhor), detém o poder supremo de orientar o governo sobre a coisa pública e toda decisão deve ser revogável ou passível de ser revista, explorando-se todas as alternativas possíveis não irreversíveis, mesmo quanto à decisão popular direta.¹⁵⁰ Em análise à teoria pluralista da democracia, proveniente dos Estados Unidos, busca a autocompreensão das democracias ocidentais, sendo a democracia maior que a representatividade direta decorrente dos legitimados pelo sufrágio universal, do “[...] povo indiferenciado dos sistemas plebiscitários

¹⁴⁷ ELY, John Hart. Democracia e desconfiança. *Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução Juliana Lemos. Revisão Técnica de Alonso Reis Freire. Revisão da tradução e texto final de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. p. 4-14.

¹⁴⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Tradução Monica de Sanctis Viana. 1. ed. 2. tir. Série IDP- Instituto Brasileiro de Direito Público. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 139-142.

¹⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 20. reimp. Coimbra: Almedina, 1941. p. 1409-1421.

¹⁵⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Tradução Monica de Sanctis Viana. 1. ed. 2. tir. Série IDP- Instituto Brasileiro de Direito Público. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 139-142.

[...]” ou no “[...] indivíduo abstrato da teoria liberal [...]”. Ela tem sua proposição formadora do processo democrático nos “[...] grupos definidos através das frequências de interações sociais”. Assim, o pluralismo é uma dimensão do princípio democrático e por consequência um elemento constitutivo da ordem constitucional, com perspectiva *empírico-normativa*, com força *dialética e dialógica*.¹⁵¹

Considerando que a teoria pluralista da democracia não obteve sucesso em elucidar a falta de correspondência entre as intenções normativas e a realidade político-social, surge a teoria elitista da democracia. Essa teoria reconhece a democracia como uma *forma de domínio*, onde há concorrência para o exercício do poder, definida periodicamente pelo voto dos governados qual elite concorrente comandará. Nessa concepção, a não elite apenas apoia ou rejeita o programa das elites profissionais, não participando das escolhas políticas, sendo a limitação a elites a condição do sistema a resistir perfeccionismo, demagogias, ao princípio da maioria, ao *working-class authoritarianism* e garantir o processo liberal e democrático. A participação política dos cidadãos não recebe muita acolhida. Em síntese, pela teoria elitista, “[...] a democracia não é o poder do povo, mas poder das elites para o povo que se limita a escolher as elites”.¹⁵²

A teoria da democracia do ordoliberalismo fundamenta-se no valor irrenunciável que a liberdade econômica tem para a ordem social-liberal. Ela tem alicerce na ordem econômica e no livre mercado, afirmando-se na liberdade e na pessoa humana, tem como alternativa *poder ou mercado*. Nessa teoria discute-se não apenas os dois sistemas econômicos do capitalismo e socialismo como política econômica.¹⁵³

Sem realizar completa dissociação com as teorias supracitadas, apresentam-se as teorias normativas da democracia, em um processo contínuo de mudança. A teoria liberal traz em si postulados orientativos no sentido de que a liberdade social é preexistente à política, sendo que a democracia serve para direcionar o estado ao serviço da sociedade e, a política, deve orientar-se para alcançar os interesses privados perante “[...] um aparelho administrativo que se transformou em poder especializado de prossecução de fins colectivos”. Para a concepção republicana, a política é a construção da formação de vontade, reflete o bem comum. Nessa concepção, primeiro está o direito de participação e de comunicação política

¹⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 20. reimp. Coimbra: Almedina, 1941. p. 1409-1411.

¹⁵² Idem, p. 1411-1413

¹⁵³ Idem, p. 1413

(como liberdades positivas). Para a democracia deliberativa, o ponto central é que as pessoas governam-se a si mesmas. Há igualdade dos participantes no processo político e possibilidade de controle dos representantes. O conceito desta democracia pode ser reunido em *política deliberativa*, na qual a deliberação busca um diálogo e processos racionais para solução de problemas, almejando soluções justas ou razoáveis para conduzir a vida em comunidade. Próximo desse conceito está a democracia discursiva, que não se fundamenta nos direitos preexistentes – na perspectiva liberal, como os direitos universais do homem e nem na moral social, mas sim nas formas de argumentação e de discussão de ideias para construir soluções às questões da sociedade, em um processo de *auto-organização da política da sociedade*.¹⁵⁴

Das teorias normativas da democracia, por fim, está a democracia corporativista que tende para uma democracia forte, somando o debate parlamentar a negociação corporativa, devolvendo o centro da política aos cidadãos e à sociedade. Ao Estado, portanto, caberá o papel de mediador ou árbitro dos diversos grupos de interesses econômicos. Percebe-se, assim que, todas as teorias normativas da democracia articulam-se “[...] com as concepções da política e do processo democrático no estado de direito constitucional: perspectiva liberal, perspectiva comunitária e perspectiva deliberativa”.¹⁵⁵

Em continuação às teorias da democracia está a concepção minimalista de democracia, já que inúmeros estudiosos buscam investigar e sistematizar o conjunto de regras e requisitos para especificar o estado democrático. Assim, para um governo democrático há requisitos mínimos, que caracterizam o sistema, estabelecendo, em síntese, quem estaria autorizado a tomar as decisões em nome da coletividade e quais os processos para esta tomada de decisão. Ainda, como condição mínima para a democracia está a participação de um número elevado (o máximo possível) de cidadãos, regras da maioria para tomada de decisões da coletividade, opções para que os cidadãos escolham entre os governantes e as políticas e a garantia de direitos e de liberdades e participação política.

Para finalizar essa análise das teorias da democracia, estão as sugestões da democracia eletrônica. Esta tem sido uma realidade atual. A problemática desta configuração democrática é com a finalidade de resguardar a observância dos princípios estruturantes do sufrágio e seu procedimento, bem como princípios da universalidade e igualdade. As novas tecnologias deverão ser capazes de suportar as discussões e argumentações, buscando a participação ativa

¹⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 20. reimp. Coimbra: Almedina, 1941. p. 1414-1417

¹⁵⁵ Idem, *ibidem*.

dos cidadãos. Logo, “as constituições e os sistemas políticos deverão começar, assim, a formatar os contornos jurídico-normativos dos *equivalentes funcionais electrónicos* da emergente democracia electrónica, quer a nível nacional quer no plano supranacional.”¹⁵⁶

Adentrando na análise do Estado brasileiro, sob a ótica das considerações conceituais *supra*, o Estado brasileiro determinou seus fundamentos (CF, art. 1º), mormente preocupado com a soberania, com a cidadania, com a dignidade da pessoa humana, com a qualificação social do trabalho, com a livre-iniciativa e com o pluralismo político, admitindo, ainda, a realização de objetivos fundamentais e estes, definidos no Texto Maior (art. 3º), que, tomados em seu conjunto, formam normas de cunho ideal, cuja utilidade jurídica está na determinação de critérios auxiliares, interpretativos do texto constitucional.¹⁵⁷ Na sociedade complexa da atualidade, reconhece-se o império do Constitucionalismo e da Democracia, que nas políticas públicas habita o terreno do controle de constitucionalidade, a revelar o necessário e inevitável ativismo democrático-constutivo, para tanto, faz-se necessário o estudo a seguir acerca do constitucionalismo e a jurisdição constitucional.

2.1 CONSTITUCIONALISMO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Constitucionalismo é a denominação dada ao “movimento social, político e jurídico e até mesmo ideológico, a partir do qual emergem as Constituições nacionais”, sendo que a análise das constituições, do seu objetivo e de sua forma é realizada pelo estudo desse movimento. “O constitucionalismo moderno é uma técnica específica de limitação do Poder com fins garantísticos”, além de o termo ter significados diversos e não se adequar apenas à concepção jurídica, mas também à sociológica. Nesse sentido, as principais interpretações deste são “a limitação de poderes dos órgãos governantes, bem como a imposição das leis escritas, sendo o princípio fundamental da organização social do estado, denominado império da lei”. Ademais, constitucionalismo é uma espécie de sistema normativo, inscrito na Constituição, e está presente em uma posição elevada aos que possuem poder. Do ponto de vista sociológico, é entendido como “um movimento social que dá sustentação à limitação do

¹⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 20. reimp. Coimbra: Almedina, 1941. p. 1419.

¹⁵⁷ CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 48-49.

poder, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses e regras na condução do Estado”.¹⁵⁸

Na Europa, o cientificismo do Direito Constitucional fora impulsionado aos países de tradição romano-germânica pela Constituição Alemã (Lei Fundamental de Bonn – 1949). Também houve impulsionamento pela Constituição da Itália de 1947.¹⁵⁹ Mais tarde, com a redemocratização e reconstitucionalização da Espanha (1978) e de Portugal (1976) houve destaque no debate sobre o direito constitucional, notadamente pelo reconhecimento de a Constituição ser um instrumento jurídico e político.¹⁶⁰

Nesses países percebeu-se que também as maiorias, ainda que políticas, podem se aproximar da barbárie, como o fizera o Nazismo em relação à minoria judia na Alemanha. Essa percepção permitiu se alçar à Constituição os direitos fundamentais, mas agora dotados de força normativa.

No período anterior à guerra, os positivistas acreditaram que o direito deveria ser considerado válido apenas em razão de “considerações formais, pela atribuição ou reconhecimento de competência normativa à sua fonte produtora ou simplesmente pela eficácia social da norma”, revelando uma cultura jurídica que privilegiava totalmente a lei em sentido formal, sendo esta editada pelo Poder Legislativo fonte quase exclusiva do Direito, sem se atribuir força normativa às Constituições geralmente encaradas como documentos políticos a inspirarem o legislador, não podendo suas disposições ser invocadas perante o Poder Judiciário para a defesa de direitos.¹⁶¹ Se algum direito fundamental previsto em alguma constituição não tivesse sido previsto por lei, não era dotado de força vinculante.

¹⁵⁸ DELLAGNEZZE, René. *O constitucionalismo e o neoconstitucionalismo*. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15906. Acesso em: 15 fev. 2018.

¹⁵⁹ GUASTINI, Ricardo. La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 49: “Más bien, acogiendo una sugerencia de Louis Favoreu, por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.”

¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 283.

¹⁶¹ SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. p. 98.

O positivismo jurídico no seu intento de fazer a separação entre a moral e o direito, sendo este último neutro, não se mostrou suficiente. Verificou-se que o intento de regimes autoritários como o nazismo e o fascismo, para os quais deveria ser o ordenamento jurídico indiferente aos valores éticos, devendo a lei em sentido estrito (legalidade formal) ser aplicada independentemente do seu conteúdo. Isso permitiria que estados não democráticos tivessem legitimidade em suas imposições legais, justificando, como nos casos dos regimes indicados, até mesmo justificando ações de estado criminosas.

Como se descobriu, a adoção da mera legalidade não permite o controle dos estados totalitários, ou mesmo os abusos provenientes das instâncias de poder. O Estado Constitucional Democrático, ou seja, o neoconstitucionalismo, resolve o conflito entre o direito e a moral, ao estabelecer preceitos morais básicos e fundamentais, consubstanciados em forma de direitos e princípios fundamentais, o que também indica a linha de moralidade universalmente aceita por todos a ser seguida na construção do direito.

Ao se identificar o direito com a moral teríamos a justiça. Mas não há uma moral universal, podendo até haver morais antagônicas, podendo o direito, em determinado momento, privilegiar a moral de determinado grupo social. Por isso a importância do regramento constitucional. Entretanto, a excessiva constitucionalização pode acarretar um achatamento das forças sociais com reflexos na autonomia da política pública e privada.

Kelsen já destacava a existência de normas ao lado das jurídicas que pautariam o comportamento social, seriam elas os preceitos morais, que teriam por disciplina a ética. O direito e a moral diferem-se não no que prescrevem ou proíbem, mas na forma como ditam a conduta humana. Assim, o direito só se distingue da moral quando se tem uma ordem normativa oposta a um ato de coerção socialmente organizado. Por outro lado, a moral é uma ordem social que a sanção consiste apenas na aprovação ou reprovação da conduta.¹⁶²

Após a guerra, demonstrou-se ser o positivismo insatisfatório e outras escolas surgiram a fim de que a moral e o direito tivessem uma maior aproximação. Ou seja, restou demonstrado que o constitucionalismo utilizado na Europa até aquele momento não era suficiente para impossibilitar o advento de regimes totalitários causadores de inúmeros desrespeitos aos direitos fundamentais. Surgia a necessidade de que regimes bárbaros como o

¹⁶² Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1962. v. 2, p. 300.

totalitarismo fossem superados e iniciou-se a procura por resultados que protegessem a dignidade das pessoas diante dos descomedimentos das ações estatais.¹⁶³

Surge o neoconstitucionalismo, o qual tem como objetivo a reconstrução dos fundamentos do Direito Constitucional. Teoria, cujo principal valor é a transformação social.¹⁶⁴ As constituições com características sociais e democráticas – “marcadas pela positivação de princípios jurídicos, pela previsão de amplos catálogos de direitos fundamentais e pela contemplação de normas programáticas” – tiveram uma enorme influência no progresso desse movimento.

Ao fixar direitos como princípios, os mesmos direitos podem variar de conteúdo a depender da época em que interpretados, não podendo, como ocorre no Brasil, serem suprimidos, nem mesmo por emenda à Constituição, que fixa rol de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, da CF). A forte carga axiológica permite ir moldando ao longo do tempo as relações humanas e as individualidades decorrentes.¹⁶⁵

O neoconstitucionalismo permite, assim, a reaproximação entre a moral e o direito, por meio de uma construção dialética e gradual, sempre a partir de tensionamentos sociais que chegam ao Poder Judiciário para decisão, podendo-se falar em um construtivismo ético. A moral e o direito não guardariam relação de subordinação entre si, mas sim de complementaridade. Ao decidir os problemas sociais que lhe são apresentados, o Poder Judiciário aprecia os padrões da realidade cultural de determinado momento, aplicando o direito que tem a obrigatoriedade institucional.

Constituições como a da Alemanha e a da Itália, na década de 1940, bem como a da Espanha e a de Portugal, na década de 1970, foram cruciais para romper com características autoritárias dos governos e consolidar o comprometimento dos países com a paz e a observância aos direitos humanos. “Esse novo marco normativo somado à necessidade de

¹⁶³ SIMÕES, Bruna Carvalho Alves. *A evolução do constitucionalismo*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-evolucao-do-constitucionalismo,47359.html>. Acesso em: 15 fev. 2018.

¹⁶⁴ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Área do Direito do Estado, Subárea Direito Constitucional, São Paulo, 2012. p. 28.

¹⁶⁵ Apontamentos críticos relevantes são apresentados por Marcelo Neves quanto à “importação crítica de construções teóricas e dogmáticas, sem crivo seletivo de uma recepção jurídico-constitucionalmente apropriada [...] configurava-se a banalização de modelos principiológicos, desenvolvidos consistentemente no âmbito de experiências jurídicas bem diversas da nossa”. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais com diferença paradoxal do sistema jurídico*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

superação de um passado recente de horrores exigiram uma nova postura na aplicação e interpretação do direito constitucional”.¹⁶⁶

O Direito Constitucional em clima de pós-positivismo buscou superar e até amalgamar a dicotomia entre o positivismo e o jusnaturalismo. A rígida separação do direito com a ética não se mostrou suficiente no que se refere à possibilidade de bancar as causas da humanidade na segunda metade do século XX. Por outro lado, também já não se admitia o mero e simples retorno ao jusnaturalismo e seus conceitos metafísicos e abstratos. A função que exercia o jusnaturalismo desde o século XVI, aproximando a lei da razão, com princípios de justiça natural e universalmente vários, sob os ditames das luzes da modernidade, permitindo uma filosofia natural do direito, já não se mostrava suficiente. A saída foi a introdução no direito positivo das ideias de justiça e legitimidade, um amálgama necessário.

A compreensão do constitucionalismo integra-se às correntes ideológicas, filosóficas, políticas e sociais dos séculos XVIII e XIX, sendo, porém, o neoconstitucionalismo como uma ruptura do constitucionalismo liberal, com determinação formal do direito. Em outras palavras, é a tentativa de se buscar materialmente os direitos fundamentais a todos. Um conjunto de ideias e inovações que o Direito Constitucional tem vivenciado, sendo ela inserida no centro do ordenamento. Dessa forma, passa a valorizar princípios e valores e busca-se uma nova hermenêutica no sistema jurídico do país (expandindo as sistemáticas interpretativas).¹⁶⁷

O foco principal do neoconstitucionalismo é o Poder Judiciário, com ênfase em princípios e ponderação de valores.¹⁶⁸ Assim, passou o Judiciário a ter importância no aspecto político, tendo que se imiscuir em questões polêmicas, seja em sede de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, sendo que nas Cortes Constitucionais, muitas vezes os que perderam no processo legislativo tentam melhor sorte no Poder Judiciário.¹⁶⁹

¹⁶⁶ DELLAGNEZZE, René. *O constitucionalismo e o neoconstitucionalismo*. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15906. Acesso em: 15 fev. 2018.

¹⁶⁷ Idem, ibidem.

¹⁶⁸ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Área do Direito do Estado, Subárea Direito Constitucional, São Paulo, 2012. p. 28.

¹⁶⁹ SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. p. 101.

A crítica parte do ponto de que as decisões políticas deveriam ser tomadas por representantes do povo e não por técnicos, daí se falando em tecnocracia ou “judiciocracia”, a ser considerada antidemocrática, ganhando mais força quando se percebe que as normas e princípios constitucionais, por estarem sempre demandando interpretações que podem mudar ao longo do tempo, estar-se-ia a conferir ao Poder Judiciário um poder equivalente ao de um Poder Constituinte Originário Permanente,¹⁷⁰ o que poderia esvaziar o campo de atuação dos poderes Legislativo e Executivo, bem como o da mobilização da sociedade civil, embora muitas vezes o juiz possa atuar na linha defendida por determinados segmentos majoritários ou minoritários da sociedade.

Permite-se criar uma visão romântica do juiz, como o homem da toga, distante do homem comum, o mais capacitado para ditar os rumos da sociedade. Nessa visão do magistrado, as imperfeições humanas, condição dos seres mortais, temporariamente se findam, o que pode, inclusive, trazer um sentimento de superioridade àquele que se utiliza dessa vestimenta.¹⁷¹ Inclusive, com o fim de contrapor à realidade humana dos homens é que são concedidas aos magistrados certas garantias, *privilégios do povo*, para que ao decidirem a vida dos demais seres humanos possam ser livres e “[...] só errar se quiserem”.¹⁷²

Perante todo esse novo panorama, teorias surgiram a explicar o neoconstitucionalismo, sendo que os recursos da mera subsunção à norma não mais se mostravam suficientes, eis que agora estavam abertas as portas para as considerações morais, em face da maior porosidade que esta passou a apresentar em relação ao direito. O neoconstitucionalismo surge, portanto, a fim de ser uma teoria transformadora, voltada para a reforma da sociedade.¹⁷³

Maiores restrições aos poderes do legislador e administrador surgiram em face do necessário respeito aos direitos fundamentais e também às minorias, passando a exercer o Poder Judiciário uma função até então anômala, que era a de que agentes não eleitos fiscalizarem e orientar com imperatividade os demais poderes. Por outro lado, trabalham as

¹⁷⁰ SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. p. 118.

¹⁷¹ GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 85.

¹⁷² Fragmentos 1.179 de: COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosofia a hermenêutica jurídica: fragmentos*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 385.

¹⁷³ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Área do Direito do Estado, Subárea Direito Constitucional, São Paulo, 2012. p. 131.

críticas de que ao valorizar o ativismo judicial e essa mudança social (por esta forma), a sociedade coloca em segundo plano os valores democráticos e a segurança jurídica.¹⁷⁴

As constituições passaram assim a trazer regras e princípios com forte valor axiológico, com abertura e indeterminação semânticas, frutos de decisões substantivas sobre temas que antes não eram abordados nas Constituições, como economia, temas afetos à família, ao trabalho, educação, saúde, entre diversos outros temas. Na interpretação de tais regras e princípios constitucionais, a subsunção isoladamente já não se mostrava suficiente, demandando novas técnicas e estilos hermenêuticos. Muitos dos princípios constitucionais podiam até mesmo conflitar entre si, o que fez se aplicar pelo Poder Judiciário de novas técnicas de argumentação jurídica, como a da ponderação e da proporcionalidade, com constantes imersões em campos afetos à moral disciplinada na ética.¹⁷⁵

A aproximação do Poder Judiciário permite uma posição privilegiada para considerar o foco principal dos princípios constitucionais e as decisões principiológicas são valorizadas em detrimento das meras decisões formais e meramente positivistas, embora a valoração do juiz sobre o que é politicamente correto ou que esteja mais de acordo com a dignidade da pessoa humana, ainda que o regime democrático instituído no Estado Brasileiro não se revele como democracia exclusivamente representativa, permite/amplia o estabelecimento de posições por uma minoria (âmbito desta tese – onze Ministros) à maioria (pelo caráter de impossibilidade/definitividade da análise).

Tem-se uma democracia participativa, mesmo que na prática, os instrumentos para exercê-la sejam escassos. Essa participação popular que se fala é a que uma pessoa privada exerce o poder de criar uma norma jurídica estatal,¹⁷⁶ sempre remonta a um aspecto desconfortável à clássica construção da democracia representativa. Não se pode, no entanto, afastar-se desse ideal, com base na dificuldade de suas construções fáticas. Permanece a utopia, que é característica de uma teoria política progressista.

Tem-se por neoconstitucionalismo as características do constitucionalismo contemporâneo, principalmente pós Segunda-Guerra, como reações ao nazismo e fascismo.

¹⁷⁴ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Área do Direito do Estado, Subárea Direito Constitucional, São Paulo, 2012. p. 131.

¹⁷⁵ SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. p. 100.

¹⁷⁶ BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, v. 189, p. 114-122, 1992.

Ter-se-iam novidades, o que o diferenciaria do constitucionalismo anterior, por meio de particularidades que se apresentam, notadamente em relação à dignidade da pessoa humana, redução das desigualdades, valorização de serviços como educação e assistência social. A Constituição teria passado de um documento essencialmente político para uma norma jurídica suprema, com normatividade e imperatividade extremas, com superioridade sobre quaisquer outras normas jurídicas de um Estado, que inclusive devem sempre partir dos ditames da própria Constituição.¹⁷⁷

O neoconstitucionalismo (também conhecido como neopositivismo) latino-americano surgiu a partir de “um movimento social, jurídico-político voltado ao do exercício do poder constituinte, da legitimidade, da participação popular e do próprio conceito de Estado”. Assim, o Estado passa a observar a multiplicidade jurídica e social, de forma que os direitos de todos possam ser respeitados, e, a partir disso, pode-se concluir que o neoconstitucionalismo “não é outra coisa senão o modo concreto de como se aplica e realiza o sistema democrático representativo, de uma Nação livre, independente e soberana”.¹⁷⁸

Manifestou-se durante o pós-positivismo e foi responsável por modificar o padrão teórico a fim de que a Constituição passasse a ter mais força, bem como possibilitar “a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional”, caracterizando um composto de alterações no direito constitucional e estatais, podendo, a partir disso, ser identificada a união de acontecimentos a seguir, os quais ocasionaram um “processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito”. Em razão do progresso constitucional, “as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias”.¹⁷⁹

Nesse sentido, quanto à norma, observa-se que, para que as demandas jurídicas sejam resolvidas, não comumente será notado o uso das normas de maneira abstrata, ou seja, a solução só virá a partir de uma análise do problema de forma concreta. Por outro lado, quanto ao juiz, sabe-se que suas atribuições vão além de apenas ter conhecimento específico para a

¹⁷⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 240, p. 83-84, abr. 2005.

¹⁷⁸ DELLAGNEZZE, René. *O constitucionalismo e o neoconstitucionalismo*. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15906. Acesso em: 15 fev. 2018.

¹⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – FGV, n. 240, p. 6, abr./jun. 2005.

resolução dos problemas a partir de referida norma, isto é, tem função também de auxiliar na construção do Direito, integrando ideias ao que o legislador começou.¹⁸⁰

E exatamente neste “auxílio” ao legislador que reside as maiores críticas dirigidas ao neoconstitucionalismo, por atribuir-lhe a caída ao decisionismo judicial quando não interpreta o ordenamento jurídico com estrita legalidade, fiel à gramática e à subsunção clássica.¹⁸¹ No neoconstitucionalismo a interpretação constitucional reconhece a força normativa da constituição, ou seja, as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos, ultrapassando os critérios tradicionais de solução dos conflitos normativos (hierárquico, temporal, especial).¹⁸²

O neoconstitucionalismo surgiu na Europa no pós-guerra e no Brasil apenas a partir da promulgação da Constituição de 1988, tendo como marco histórico a consolidação do Estado Constitucional de Direito do final do século XX; como marco filosófico a centralidade dos direitos fundamentais; e como marco teórico o reconhecimento da força normativa da Constituição, a jurisdição constitucional e o reconhecimento da interpretação constitucional como modalidade da interpretação jurídica.¹⁸³

Foi com o processo de redemocratização no Brasil que se atribuiu maior força normativa ao Direito Constitucional, em similitude ao ocorrido na Europa, no Brasil também após um período de ditadura com autoritarismo. A Carta de 1988 fez do Direito Constitucional o centro real de poder, diversamente do que sempre ocorrera no país.¹⁸⁴ A Carta Magna tem o mérito de ter feito sem naufrágios a travessia no rio revolto a separar o leito de um regime autoritário e o de um Estado Democrático de Direito. Passou a ser símbolo

¹⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – FGV, n. 240, p. 6, abr./jun. 2005.

¹⁸¹ VIEIRA JÚNIOR, Dicesar Beches. *Neoconstitucionalismo: definição, crítica e concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em: <https://periodicos.ufm.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/5798>. Acesso em: 16 fev. 2018.

¹⁸² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – FGV, n. 240, p. 11, abr./jun. 2005.

¹⁸³ *Idem*, p. 2.

¹⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 285.

de conquistas e uma superação da histórica indiferença que se tinha em relação às Constituições.¹⁸⁵

O neoconstitucionalismo, na Europa ou mesmo entre nós, no Brasil, surgiu do reencontro da ciência jurídica e da filosofia do direito, o que se dera por meio do recurso aos princípios abrigados de forma explícita ou implícita pela Constituição, que passa a figurar em uma ordem superior.¹⁸⁶ O reconhecimento de força normativa aos princípios jurídicos, que passaram a moldar a própria aplicação do direito em qualquer das áreas, o abandono do mero formalismo em si pelo recurso a técnicas de raciocínios jurídicos mais abertos e a reaproximação do direito e da moral com a consequente judicialização da política e da própria relação social com as luzes pairando mais no Judiciário do que no próprio Legislativo e Executivo, são a tônica principal desse novo fenômeno.¹⁸⁷

Dessa forma, é possível compreender que o neoconstitucionalismo brasileiro é impulsionado pela insatisfação da população no sistema político e, por outro lado, uma Justiça que tutela os direitos e entrega à sociedade respostas aderentes à solução de seus conflitos, o que fortalece ainda mais o sentimento neoconstitucionalista.¹⁸⁸

Entretanto, o neoconstitucionalismo faz com que a sociedade deposite no Judiciário expectativas imensas de que sempre poderá atender satisfatoriamente à sociedade. O que, na prática, traz diversas críticas, por se considerar que a missão do STF seja interpretar os

¹⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista Nacional da Magistratura*, Brasília: Escola Nacional da Magistratura, ano 1, n. 2, p. 28, out. 2006.

¹⁸⁶ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderacion judicial. In: RÚBIO, David Sanches; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (orgs.). SANCHÍS, Luis Prieto; BARROSO, Luís Roberto; STRECK, Lenio Luiz *et al.* *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. 2. ed. Porto Alegre: EdPucRS, 2010. p. 401-403: “En la primera acepción, como tipo de Estado de Derecho, cabe decir que el neoconstitucionalismo es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales que con frecuencia han caminado separadas: una primera que concibe la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos que permite asegurar la autonomía de los individuos como sujetos privados y como agentes políticos a fin de que sean ellos, en un marco democrático y relativamente igualitario, quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertenecientes en cada momento histórico. En líneas generales, ésta es la tradición norteamericana originaria, cuya contribución básica se cifra en la idea de supremacía constitucional y en su consiguiente garantía jurisdiccional: dado su carácter de regla de juego y, por tanto de norma lógicamente superior a quienes participan en ese juego, la Constitución se postula como jurídicamente superior a las demás normas y su garantía se atribuye al más <neutro> de los poderes, a aquel que debe y que mejor puede mantenerse al margen del debate político, es decir, al poder judicial”.

¹⁸⁷ SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 9, p. 95, jan./mar. 2009.

¹⁸⁸ SIMÕES, Bruna Carvalho Alves. *A evolução do constitucionalismo*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-evolucao-do-constitucionalismo,47359.html>. Acesso em: 15 fev. 2018.

princípios constitucionais e não a interferência política no sistema brasileiro. Nesse raciocínio é que Sarmento destaca: “[...] e a ditadura de toga pode não ser muito melhor do que a ditadura de farda [...]”.¹⁸⁹

No Brasil, a Constituição é máxima porque suas normas são rígidas e requerem um procedimento especial e qualificado para sofrer qualquer modificação, exigindo-se maior dificuldade para a modificação das normas da Constituição do que para a produção ou alteração das demais normas jurídicas do ordenamento estatal. No plano jurídico a Constituição Federal de 1988, repetindo o estabelecido na maioria dos países, preceitua em seu art. 2º que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. No plano axiológico a norma estampada no art. 2º da Constituição Federal é superior por possuir caráter de norma fundamental de determinada sociedade.

Vale lembrar que, no ordenamento jurídico as normas constitucionais são as supremas porque não encontram outras que lhes sejam superiores, sendo a Constituição o parâmetro de validade das demais normas jurídicas, na medida em que para terem validade, estas normas devem conformar-se aos ditames das normas constitucionais. Por sua vez, o objeto das normas constitucionais é a conduta humana possível e que repercute na vida e na conduta de outros homens, bem como as condutas que o poder constituinte de uma sociedade política erigiu à categoria de fundamentais para si, ou seja, aquelas normas consideradas como as mais importantes.

De igual modo, deve-se atentar que a Constituição brasileira também traz em seu bojo, no topo da pirâmide normativa, os princípios, que a eles, designam-se as seguintes funções: em primeiro lugar, especialmente nos momentos revolucionários, resulta a função ordenadora. Outras vezes, os princípios desempenham uma ação imediata, na medida em que tenham condições para ser autoexecutáveis. Exercem, ainda, ações tanto no plano integrativo e construtivo como no essencialmente prospectivo.

Realizam uma função tanto positiva como negativa e apresentam uma vertente importante na sua função positiva. Os princípios jurídicos fundamentais são princípios

¹⁸⁹ SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. p. 103.

historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência, encontrando uma recepção expressa ou implícita em nossa Lei Maior.¹⁹⁰

Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica e só serão perfeitamente desse modo, na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas desejam lançar a sua força sobre toda a sociedade. O que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espalhar-se por cima de diversas outras normas. O reflexo mais imediato disso é o caráter de sistema que os princípios impõem à Constituição, pois, sem eles a Constituição pareceria mais um mero aglomerado de normas sem objetivos específicos, do que um todo sistemático e congruente.

Outra função muito importante dos princípios é servir como critério de interpretação das normas constitucionais, seja ao legislador ordinário, seja aos juízes.¹⁹¹ Em suma, são os princípios constitucionais valores tutelados pela Constituição Federal, com o objetivo de dar sistematização ao documento constitucional, de servir como critério de interpretação e distribuir os seus valores sobre todo o mundo jurídico.¹⁹²

Quanto mais vago o princípio, maior o esforço do juiz em fundamentar sua decisão. Com certeza tem de fazer mais esforço para que prevaleça seu entendimento. Assim, o modelo judicialista (constitucionalista) parece diferir do modelo democrático ou legalista, posto que defende que a Constituição é o projeto político máximo ao qual o legislador está amarrado e dele não pode destoar, sendo ainda dele um mero executor, sendo a Constituição como uma Bíblia para se resolver todos os conflitos, com total detrimento a formalismos, se for necessário. Enquanto que no modelo legalista ou democrático, a Constituição fixa as regras do jogo político, mas sem dela participar.

Determina ela quem manda, mas não o que se manda. Não seria a Constituição o oráculo a resolver todos os problemas, mas traria os caminhos a serem seguidos mediante escolha do legislador.¹⁹³ Deveria haver nítida separação entre as questões de constitucionalidade e as questões políticas. Não caberia ao Poder Judiciário escolher o melhor caminho ou a melhor lei, mas apenas afastar aquele ou aquela que se mostre totalmente

¹⁹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 56.

¹⁹¹ Idem, p. 153-154.

¹⁹² Idem, p. 154.

¹⁹³ GASCON ABELLÁN, Marina. Os limites da justiça constitucional: a invasão do âmbito político. *Revista brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 9, p. 76, jan/mar. 2009.

destoante do que se encontra determinado pela Constituição, assim o Poder Judiciário não poderia definir a direção política a ser seguida pela sociedade.

A aplicabilidade dos valores neoconstitucionalistas dar-se-á através da jurisdição constitucional. À extensão da jurisdição constitucional, temos as correntes do procedimentalismo e substancialismo. Para os procedimentalistas, corrente que teve por representantes Klaus Günther e Jürgen Habermas,¹⁹⁴ há dicotomia entre os discursos de aplicação e fundamentação. O raciocínio seria decomposto em validar a norma e, após, em aplicar a norma a um caso concreto. Também, que a jurisdição teria apenas um papel externo ao ter a função de corrigir os desvios verificados no processo de representação popular. Não caberia à jurisdição controlar o conteúdo material dos direitos fundamentais. Referida corrente faz críticas ao gigantismo e politização do Poder Judiciário, o que afetaria a imparcialidade, função intrínseca e constitutiva do próprio poder. Por isso, caberia apenas a verificação da compreensão procedimental da Constituição.¹⁹⁵ No entendimento extremo da corrente, poderíamos fazer a ilação de que o legislador não estaria vinculado aos direitos fundamentais quando da edição das leis infraconstitucionais.

Para os procedimentalistas, os temas morais, econômicos ou mesmo políticos mais controvertidos deveriam não ser tratados em sede constitucional. A jurisdição se limitaria a tratar dos pontos claros previstos pelo Poder Constituinte originário, não se permitindo construções argumentativas,¹⁹⁶ enquanto que para os substancialistas, o Poder Judiciário realizaria um processo material, sendo sim o intérprete dos valores implícitos nas leis e na Constituição. Esta, por ser um instrumento vinculante e programático, sendo a materialização do contrato social pátrio, produto de uma legítima Assembleia Constituinte, impõe que o Poder Judiciário atue para garantir a força normativa substancial dos textos constitucionais.¹⁹⁷

¹⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 120: “É certo que Habermas considera os direitos fundamentais como condição da democracia e, conseqüentemente, reconhece que devam ser protegidos pela jurisdição constitucional, para que não se desintegram pela atividade legislativa das maiorias eventuais”.

¹⁹⁵ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2009. p. 282.

¹⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 119.

¹⁹⁷ HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate “procedimentalismo versus substancialismo”. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 57, p. 6, 2006. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/310807.pdf>, Acesso em: 16 mar. 2019.

Tal atividade serviria justamente para potencializar a democracia tendo em vista que as minorias, muitas vezes, não encontram guarida no processo democrático formal. O Poder Judiciário estaria legitimado a limitar a atuação do legislador e administrador, que não possuiriam uma discricionariedade materialmente ilimitada quando o assunto estiver previsto explícita ou implicitamente em uma Constituição o que, por si só, não significaria eliminação pura e simples das atividades dos outros poderes, mas apenas uma limitação.¹⁹⁸

A Constituição brasileira é analítica, tratando de diversos pontos da vida social, podendo ser tida como substancialista, sendo certo, entretanto, serem necessários temperamentos. Seja para os procedimentalistas ou substancialistas, ambos compartilham a ideia de ser o Poder Judiciário uma instituição estratégica e essencial nas democracias contemporâneas, que potencializa e efetiva os mecanismos de *checks and balances*,¹⁹⁹ porque não há democracia sem conteúdo²⁰⁰ e verificação deste e sua afirmação por meio de processos argumentativos e não autoritários se mostra mais essencial do que nunca. O intervencionismo, entretanto, não deve ser intransigente, devendo respeitar e fazer o contraponto entre a reserva do possível e o mínimo existencial exigido.²⁰¹

Com esse viés substancialista, poderiam os magistrados tomar decisões inclusive contra a própria disposição legal. Destaque-se que se está a falar em decisão contra a lei em sentido formal e não contra o próprio direito. Isso porque, ainda que a decisão não encontre fundamentos em regras, deverão ser consideradas as normas principiológicas, presentes, por exemplo, ao extremo, em nossa Carta Magna.²⁰²

O magistrado teria uma ampla liberdade, inclusive criadora, devendo buscar o ideal jurídico, não estando limitado às disposições legais. Os dados sociológicos e os

¹⁹⁸ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2009. p. 288.

¹⁹⁹ HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate “procedimentalismo versus substancialismo”. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 57, p. 6-7, 2006. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/310807.pdf>, Acesso em: 16 mar. 2019.

²⁰⁰ LEAL, Mônia; MORAES, Maria. O Supremo Tribunal Federal e o discurso da implementação de políticas públicas na jurisprudência brasileira: a atuação justificada na omissão. *Revista do Departamento de Ciências Humanas da Universidade de Santa Cruz do Sul*, Edição Especial n. 47, p. 289-301, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/9571/6025>. Acesso em: 2 abr. 2019. p. 55.

²⁰¹ HERRERA, Luiz Henrique Martim. Judicialização das políticas públicas de assistência à saúde: procedimentalismo versus substancialismo. *Revista de Direito*, v. 12, n. 16, p. 87, 2015. Disponível em: <http://revista.pgskroton.com.br/index.php/rdire/article/view/1972/1874>. Acesso em: 16 mar. 2019.

²⁰² JABOUR, Michel Barros Felipe et al. *Súmula 446 do TST: um entendimento contra legem injustificável*. 2016. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/xmlui/handle/ufjf/3706>. Acesso em: 19 mar. 2019. p. 15.

determinismos dos fenômenos ganhariam prioridade sobre a interpretação e a analogia.²⁰³ Há uma libertação dos juízes para com a dogmática. Uma decisão *contra legem* seria a que pode ser definida como uma exceção a determinada norma jurídica.

O problema é não haver nenhuma garantia de que a decisão final, considerando apenas as práticas sociais, seria legítima quando se atingir o final do processo de argumentação. Em um estado neoconstitucionalista, as decisões *contra legem* se mostram inevitáveis,²⁰⁴ sendo imprescindível, todavia, para a verificação de uma decisão *contra legem*, uma análise sobre um caso concreto,²⁰⁵ o que faz com que tal modalidade seja mais evidenciada no sistema de controle difuso de constitucionalidade.

No direito pátrio a possibilidade de jurisprudência *contra legem*, que admite total justificação racional, é ainda mais destacada em face da previsão das súmulas vinculantes.²⁰⁶ Nesse ponto, é possível observar a crítica de que as normativas citadas nas decisões com interpretação constitucional progressista, dissociada de contexto político, “servem apenas de argumento retórico para legitimar a escolha que o intérprete entende produzir as melhores consequências”.²⁰⁷

²⁰³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 60.

²⁰⁴ BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões *contra legem* a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. *Pensar-Revista de Ciências Jurídicas*, v. 15, n. 2, p. 623, 2012. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2143/1743>. Acesso em: 19 mar. 2019: “Uma decisão *contra legem* pode ser definida como uma decisão que estabelece uma exceção a uma norma jurídica N, na presença das seguintes condições: (i) N é uma norma do tipo regra, e não um princípio jurídico; (ii) N está expressa em uma lei ou outra fonte formal do direito com igual nível hierárquico; (iii) os significados mínimos ou literais das expressões utilizadas pelo legislador não permitem extrair do texto que serve de base a N uma norma alternativa que não seja contrariada por tal decisão; (iv) a decisão não reconhece a invalidade de N, mas apenas afasta a sua aplicação a uma situação em que ela é aplicável; (v) não há dúvida de que os fatos que deram origem à decisão podem ser subsumidos em N; (vi) a autoridade que adota essa decisão estabelece uma norma individual formulada em termos universais; e (vii) a decisão levanta uma pretensão de juridicidade para essa norma individual.”

²⁰⁵ SILVA STARLING, Sheyla Cristina da. A Súmula n. 231 do STJ e a argumentação *contra legem*. *Revista Jurídica*, v. 3, n. 1, p. 18, 2016. Disponível em: <http://periodicos.redebatista.edu.br/index.php/RJ/article/download/152/130>. Acesso em: 19 mar. 2019.

²⁰⁶ FERREIRA, Gilson. A jurisprudência *contra legem* e sua posição no quadro teórico das fontes de produção normativa segundo o modelo jurídico romano-germânico. *Prisma Jurídico*, n. 5, p. 106, 2006. Disponível em: <https://www.redalyc.org/html/934/93400507/>. Acesso em: 19 mar. 2019.

²⁰⁷ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Área do Direito do Estado, Subárea Direito Constitucional, São Paulo, 2012. p. 26.

Entretanto, ao contrário de Luís Roberto Barroso,²⁰⁸ quanto à interpretação constitucional, sendo uma interpretação jurídica independente, há quem enxergue²⁰⁹ a dimensão política da jurisdição constitucional, refutando, ainda, que exista uma autonomia na interpretação constitucional, pela exigência da unidade do sistema jurídico que essas normas integram. Ponto pacífico, entretanto, é que em razão da própria hierarquia das normas existentes, a interpretação constitucional merece atenção especial.

As constituições substancialistas do Estado Social pouco ou nada falavam sobre o controle de constitucionalidade das leis, que teve sua gênese pós 2ª Guerra Mundial, na proposta de intervenção concreta e frequente do Estado nas relações sociais e até mesmo individuais, apresentando-se como garantia democrática, em oposição de ideias do Estado liberal, que apregoava a liberdade do indivíduo perante o Estado.²¹⁰ Alguns países adotaram modelos para controlar a constitucionalidade das leis baseados na criação de Tribunais Constitucionais e o Poder Judiciário assumiu papel relevante como guardião dos direitos que estavam postos nas constituições.

A abstenção de interferência em matéria de política pública, a excepcional declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos e aplicação da Constituição nos casos de incidência expressa são as características fundamentais de uma autocontenção judicial.²¹¹ Esse modelo foi ultrapassado e, atualmente, os juízes tomam decisões no âmbito político, além de compelir os políticos a adequar suas decisões conforme o entendimento jurisprudencial. Entretanto, como já mencionado anteriormente, essa postura apresenta opiniões divergentes sobre o tema, trazendo à discussão jurídica o papel do STF em temas considerados puramente políticos.²¹²

²⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – FGV, n. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

²⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 213.

²¹⁰ SILVA, Tatiana Mareto. O constitucionalismo pós-Segunda Guerra Mundial e o crescente ativismo judicial no Brasil: uma análise da evolução do papel do Poder Judiciário para a efetivação das constituições substancialistas. *Revista de Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, Brasília, v. 2, n. 1, jan.-jun. 2016. p. 270-288.

²¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 280.

²¹² SOARES, José de Ribamar Barreiros. *Ativismo judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política*. 2010. 206 f. Dissertação (Doutorado) – Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) – UERJ, 2010. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/5244>. Acesso em: 10 jul. 2019. p. 20.

O documento constitucional traz em si a incorporação de valores e diretrizes, materializando opções valorativas dentro do próprio texto constitucional. Concebe a Constituição um projeto político bem articulado que passa a fixar as regras do jogo, condicionando ora com maiores ora com menores detalhamentos as futuras decisões coletivas sobre os modelos que de alguma forma já foram traçados pela Constituição.²¹³

Percebe-se a nítida relação com a definição e implementação das políticas públicas. Estas seriam os meios para se atingir vários dos princípios e objetivos trazidos pela Constituição. Como a política pública consiste em se fazer escolhas, eis que o dinheiro público é limitado e as necessidades da sociedade são ilimitadas, as escolhas devem sempre ser aquelas que guardem respaldo na própria Constituição Federal.

A questão das políticas públicas torna rígido o contorno entre o que é matéria constitucional daquilo que deve ser submetido ao processo político-democrático. A Constituição traz os direitos e princípios a serem implementados e impõe a adoção de políticas públicas, mas não enfrenta os desafios sobre os investimentos dos recursos necessários aos Poderes Executivo e Legislativo. O caminho seria a aplicação de parâmetros objetivos para se compatibilizar as ações com as determinações constitucionais,²¹⁴ mesmo porque ao controlar as decisões nas políticas públicas está a se reconhecer como prioritárias as metas constitucionais.²¹⁵

Ao STF cabem dois papéis precípuos:

[...] o de proteger os direitos fundamentais e proteger as regras do jogo democrático e no desempenho desses dois papéis, a Supremas Cortes devem ser proativas mesmo, para isso que elas existem. Para tudo mais, elas devem ser autocontidas. Portanto, devem respeitar na maior extensão possível, a vontade política manifestada pelo Parlamento ou pelo Executivo, que são os agentes públicos que têm voto.²¹⁶

²¹³ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderacion judicial. RÚBIO, David Sanches; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (orgs.). SANCHÍS, Luis Prieto; BARROSO, Luís Roberto; STRECK, Lenio Luiz *et al. Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. 2. ed. Porto Alegre: EdIPucRS, 2010. p. 401.

²¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista Nacional da Magistratura*, Brasília: Escola Nacional da Magistratura, ano 1, n. 2, p. 67, out. 2006.

²¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 240, p. 93, abr. 2005.

²¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Luís Roberto Barroso (STF): drogas, aborto, meio ambiente e indígenas. *Canal do youtube MyNews*. 23 mai. 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=5QQypzhEu04>. Acesso em: 10 jul. 2019.

Com essas atuações, pode-se definir o Supremo Tribunal Federal como um tribunal não alheio à complexidade da sociedade, que passou a ter que se pronunciar de forma quase cotidiana aos mais variados aspectos, verificando-se no campo do controle de constitucionalidade das políticas públicas, necessárias e inevitáveis decisões ativistas, que denominamos ativismo democrático-constutivo.

2.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Considerando que o tema central desta tese não é analisar o controle de constitucionalidade em profundidade, apresenta-se neste capítulo análise do controle de constitucionalidade praticado no Brasil, especialmente quando atinge matéria de política pública, porque é nesse ambiente que o ativismo democrático-constutivo se manifesta, necessária e inevitavelmente, a revelar a democracia judicial, ou seja, a manifestação democrática legítima do Poder Judiciário, que não interfere na atuação dos outros poderes como comumente se alega, tão menos é deficitária porque não originária de voto popular.

Falar de controle de constitucionalidade é mergulhar na democracia e atualmente não se admite uma organização estatal que não seja democrática. A democracia está atida à forma de exercício do poder. Todos os governos querem ser democráticos. Vivemos a expectativa da democracia constitucional, que está vinculada à ideia da efetividade dos direitos civis, políticos e sociais, sem abandonar a clássica²¹⁷ noção de democracia como governo de todos ou conjunto de regras que apresentam um procedimento para a tomada de decisões coletivas, com ampla participação de interessados.²¹⁸

A política é um programa de ações. Há quem diga não serem nem normas nem atos, sendo essa constatação importante por ser o controle de constitucionalidade tradicionalmente exercido sobre normas e atos, mas é certo que a política os envolve e os tem como seu objeto, sendo assim possível o controle de constitucionalidade sobre elas.²¹⁹ E esse controle pode se dar tanto em relação às finalidades em si quanto aos meios usados para se atingir esse fim.

²¹⁷ Sobre a desconstrução do mito democrático grego, insubstituível a leitura de: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito grego e historiografia jurídica*. 1. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2008. p. 136.

²¹⁸ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 8. ed. rev. ampl. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 30.

²¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 138, p. 44-45, 1998. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496870/RIL138.pdf?sequence=1#page=37>. Acesso em: 9 mar. 2019.

Pelo fato de em nossa Constituição estarem inseridas determinações sobre as atividades de programação e execução das finalidades do próprio Estado, legítimo se faz o exercício do controle de constitucionalidade, por todas as formas que este pode se materializar. No art. 3º da CF/88, já se afirma que

constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Já com relação aos objetivos fundamentais é possível fazer ilações sobre os atos comissivos e omissivos aptos à implementação de tais objetivos.²²⁰

Assim como está expressamente previsto na Constituição Federal a separação dos poderes, também estão os mecanismos de freios e contrapesos (modelo de balanceamento dos poderes) de uns com relação aos outros. Assim, sempre será possível o controle judicial das políticas públicas para decidir o grau de importância das políticas públicas escolhidas.²²¹

Os instrumentos para se levar ao Poder Judiciário a análise de políticas públicas são os mais variados, podendo-se citar: 1) ação civil pública com efeitos *erga omnes* (arts. 129, III, da CF/88 e 16 da Lei 7.347/85); 2) ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, *a*, da CF/88); 3) ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, *a*, da CF/88); 4) ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF/88); 5) mandado de injunção (arts. 5º, XXI, e 102, I, *q*, e II, *a*, da CF/88); 6) arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, da CF/88); 7) súmulas vinculantes (art. 102, § 2º, da CF/88); 8) ação popular (art. 5º, LXXIII, da CF/88); e 9) controle difuso de constitucionalidade a ser efetivado em quaisquer ações judiciais (art. 5º, XXXV, da CF/88). Com esse arcabouço de ações não se tem como deixar passar ao largo do Poder Judiciário as políticas públicas, sendo inevitável a judicialidade das políticas públicas, considerando-se os aspectos constitucionais.²²²

²²⁰ JUNIOR CANELA, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 183.

²²¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Processo civil coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/87373>. Acesso em: 9 mar. 2019. p. 17.

²²² FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil—uma visão geral. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito*, n. 1, p. 24, 2007. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/download/736/509>. Acesso em: 9 mar. 2019.

A previsão de controle de constitucionalidade pelo STF o transforma em um legislador negativo. Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em sede de controle concentrado, *in abstracto*, reconhecendo a ilegitimidade constitucional de lei ou ato normativo federal ou estadual, traz por consequência a eliminação dos atos estatais eivados de inconstitucionalidade. O mesmo estaria a ocorrer quando declara constitucional uma lei caso se lhe confira determinada interpretação que seja compatível com a Carta Magna, eliminando as interpretações possíveis e que seriam contrárias ao texto constitucional.²²³

Em defesa de uma não intervenção do Judiciário de forma ativa da política pública, argumenta-se pela possibilidade de se implementar uma “legislação negativa” por parte do Poder Judiciário. Esta ocorreria apenas quando o julgador reconhecesse a inconstitucionalidade de uma lei e não aplicasse no caso concreto, o que ocorria no controle difuso ou mesmo a considerasse inválida com efeito *erga omnes*, o que seria feito em sede de controle de constitucionalidade.²²⁴ Dever-se-ia distinguir elaboração de anulação das leis. Não há como não se reconhecer que a atividade jurisdicional é criativa, ainda quando atue o julgador como legislador negativo, isso por serem os termos constitucionais extremante abertos, o que demanda uma discricionariedade do juiz constitucional.²²⁵

Nesse sentido são as lições de Dworkin,²²⁶ para o qual o Poder Judiciário pode e deve analisar os pressupostos materiais para o próprio desenvolvimento da democracia, sempre em nome do “povo”. O juiz seria o protetor dos princípios básicos, tarefa incessante e perpétua na busca do melhor argumento para se fazer valer um princípio. Dworkin protagoniza papel central na construção da presente tese. Ao condicionar o direito a uma leitura moral, subordinou fins e meios sob uma ótica substancialmente ética. O juiz, inclusive nos casos difíceis deverá decidir, mesmo que não exista nenhuma regra para o caso, ainda assim, uma das partes tem o direito de ganhar a causa, até porque a atuação passiva não se mostraria condizente com as premissas do neoconstitucionalismo, o que ocorre quando há a criação

²²³ BRANDÃO, Rodrigo. O Supremo Tribunal Federal e o dogma do legislador negativo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 44, 2014. Disponível em: <http://www.academia.edu/download/38181865/GABRIELDIAS-Legislator-negativo.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2019. p. 189.

²²⁴ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2009. p. 289.

²²⁵ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. *Direito Público*, v. 3, n. 13, p. 42, 2006. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/download/1314/780>. Acesso em: 14 mar. 2019.

²²⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127.

judicial do direito, com expansão ou redução dos significados e até mesmo contra o próprio significado.²²⁷

O mais coerente seria realmente a existência de um julgador legislador positivo, como defende parte da doutrina moderna, ainda que o reconhecimento da inconstitucionalidade por si só não possa fazer com que o Supremo seja visto como um legislador positivo, eis que, diante da supressão da lei, decorrente do reconhecimento da inconstitucionalidade, não pode a Corte criar outra regra legal diversa daquela prevista pelo legislador, manipulando-se, assim, o texto constitucional,²²⁸ podendo o Magistrado ser autocontido apenas quando não estiver diante de decisões que discutam os direitos fundamentais ou a proteção das regras da democracia.²²⁹

Inclina-se também o Poder Legislativo em atribuir ao Judiciário a função de deliberar sobre assuntos polêmicos para evitar desgaste com o eleitorado. De qualquer sorte, é notável que a principal intenção do ativismo relaciona-se com a ideia de o Poder Judiciário ter uma maior presença e atuação no sentido de concretizar valores e objetivos constitucionais, com maior possibilidade de atuar conjuntamente no espaço dos demais Poderes.

A questão democrática (legitimidade ou ilegitimidade do Poder Judiciário por não ter a representatividade típica do Poder Legislativo) sempre está às voltas da influência política em julgamentos, a sugerir que ela seria capaz de macular a “sagrada” imparcialidade do magistrado. Nesse sentido, duas ponderações decorrem desta questão, primeira, se é ou não possível ocorrer influência política em decisões judiciais e, segundo, se eventual influência política tem condão de macular a imparcialidade judicial.

A relação do direito com a política será mais detalhadamente analisada, mas para o enfrentamento objetivo neste ponto, que seria a mais profunda (subjéctiva) agressão do ativismo judicial, registramos a intensa e inevitável relação do direito com a política mesmo a considerar a integridade do direito,²³⁰ que poderia se manifestar sob 5 (cinco) aspectos: a)

²²⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN – Forense, 2014. p. 163.

²²⁸ DIAS, Gabriel Nogueira. “Legislador negativo” na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria *Reine Rechtslehre*. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais–RBEC*, Belo Horizonte, ano, v. 4, p. 12. Disponível em: <http://www.academia.edu/download/38181865/GABRIELDIAS-Legislador-negativo.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2019.

²²⁹ BARROSO, Luís Roberto. (STF): *drogas, aborto, meio ambiente e indígenas*. Canal do youtube MyNews. 23 maio 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=5QQypzhEu04>. Acesso em: 10 jul. 2019.

²³⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 395.

Valores e ideologia do juiz; b) Interação com outros atores políticos e institucionais, seja para preservação ou expansão do poder da corte ou quanto às relações com outros poderes, órgãos e entidades estatais; c) Perspectiva de cumprimento efetivo da decisão; d) Circunstâncias interna dos órgãos colegiados; e e) opinião pública.²³¹

A imparcialidade do juiz é tema que não se pretende enfrentar nesta tese, mas para apresentar-lhe um contorno para a pesquisa do ativismo, adota-se a posição de Eugênio Raul Zaffaroni de que a imparcialidade humana é uma “impossibilidade antropológica”,²³² principalmente quando se apresenta a imparcialidade como indiferença total ao caso, em especial os casos difíceis²³³ ou situações de crises sociais e políticas,²³⁴ porque o direito faz parte da esfera política e é conclamado a apresentar soluções definitivas às disputas, demonstrando o melhor princípio ou política, ou seja, a integridade da decisão judicial que deve ser política e moralmente justificável para contribuir com a justiça.²³⁵

Há um reforço do processo democrático quando o Judiciário ombreia com o Legislativo e o Executivo, “em situações especiais, até em face da ausência irresponsável”²³⁶ destes Poderes em áreas e temas de sua competência constitucional originária, na busca de soluções para anseios sociais, que são concretos e não se preocupam com a origem e componentes do “remédio”, mas com a “cura ou alívio” que ele proporciona, pois também cabe ao STF assegurar o governo da maioria, a igualdade e dignidade de todos os cidadãos, garantindo todas as dimensões da democracia, a formal (política majoritária), substantiva (preservação dos valores e direitos fundamentais) e deliberativa (debate público, argumentos e persuasão).²³⁷

²³¹ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 67-83.

²³² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: Ecliar, 1994. p. 199-205.

²³³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127-203.

²³⁴ Fragmentos n. 1.171 e 1.164 de: COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosofia a hermenêutica jurídica*: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 378-379.

²³⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 136, 239, 254-255. Questões também mencionadas nos fragmentos n.1.165, 1.175 e 1.177 de: COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosofia a hermenêutica jurídica*: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 379, 383 e 384.

²³⁶ LEAL, Rogério Gesta. As responsabilidades políticas do ativismo judicial. In: LEAL, Mônia C. H.; LEAL, Rogério Gesta (orgs.). *Ativismo judicial e déficits democráticos*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011. p. 16.

²³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 87-88; COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 450. LEAL, Rogério Gesta. As

Ainda, considerando a atuação judicial na questão política, social e moral, tradicionalmente atribuída aos Poderes Executivo e Legislativo, há de se diferenciar jurisdição constitucional do fenômeno da judicialização e do ativismo judicial.

A jurisdição constitucional está para reconhecimento do caráter normativo da Constituição, sua interpretação e aplicação por órgãos judiciais, seja na aplicação direta da Constituição ou no controle de constitucionalidade e interpretação conforme.

A judicialização da política envolve uma consequência do modelo constitucional que se adotou de uma Constituição analítica, e controle de constitucionalidade que permite amplo acesso ao Supremo via ações diretas, desnudando a importância de um Judiciário forte e a crise de representatividade e de funcionalidade do Poder Legislativo.

A identificar o fenômeno da judicialização do direito, por vezes, o Poder Executivo busca uma atuação mais ativa do Poder Judiciário, apresentando ao crivo do STF temas próprios da administração pública (60% das ADIs propostas no período de 1988 a 2005), política tributária (12,6% das ADIs propostas no período de 1988 a 2005), regulação da sociedade civil (11,6% das ADIs propostas no período de 1988 a 2005) ou mesmo pretendendo destituir leis que no campo político não puderam evitar (eram contra leis estaduais, 87,1% das ADIs propostas por governadores no período de 1988 a 2005).²³⁸

A judicialização da política possui diferentes peculiaridades, sendo legítimo reconhecer que a própria concepção de constitucionalismo e antecipação de assuntos políticos na Carta Magna autoriza o Poder Judiciário a deliberar sobre casos eminentemente políticos a partir do ponto de vista que eles são considerados assuntos constitucionais. Essas atitudes são, ao que tudo indica, contrárias à conveniência do Legislativo, mas reconhecem-se que existem certa conformidade e cumplicidade do próprio Poder Legislativo quando o Judiciário assume novas atribuições, notadamente quando se trata de “decisões sobre questões políticas, morais, religiosas, centrais, tanto por parte da sociedade quanto por parte dos próprios atores

responsabilidades políticas do ativismo judicial. In: LEAL, Mônia C. H.; LEAL, Rogério Gesta (orgs.). *Ativismo judicial e déficits democráticos*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011. p. 16.

²³⁸ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2014; e BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 59-86, jan./jun. 2012. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/04_rev15_059-086_-_estefania_maria_de_queiroz_barboza_0.pdf. Acesso em: 14 mar. 2018.

políticos”,²³⁹ no sentido de a sociedade estar aceitando esse fato, posto que até mesmo os políticos entendem ser o Judiciário o melhor local para se tratar dessas questões.

De qualquer forma que se aprecie, o nosso sistema jurídico constitucional permite atuação ativista, eis que as normas devem ser reconhecidas à luz das disposições constitucionais,²⁴⁰ bem como as determinadas pela hermenêutica dos tribunais julgadores. Em face das mudanças de paradigma que estamos vivenciando, tendo em vista o protagonismo do Poder Judiciário em relação a políticas públicas, previsto e exigido pela própria Constituição Federal quando o assunto é Políticas Públicas.²⁴¹

Os motivos geralmente invocados para este destaque para o Poder Judiciário são a inércia do Poder Legislativo e do Poder Executivo, além de crise de legitimidade de ambos em face dos constantes casos de corrupção noticiados. Mas o fato é que a atuação do Poder Judiciário decorre das determinações constantes da própria Constituição Federal. A atuação do Poder Judiciário foi determinada pelo Poder Constituinte Originário, ainda que até mesmo exista quem veja na composição da Constituinte um excesso de juristas, o que teria contribuído para essa importância atribuída ao Poder Judiciário.²⁴²

Mas não podemos esquecer de que o crescimento de importância do Poder Judiciário é um fenômeno mundial. E nem se diga que no Brasil fora apenas o sopro redemocratizante de 1988 que deu esse excesso de importância ao Poder Judiciário, porque a própria previsão de súmulas vinculantes, que seria a maior dimensão de força do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, fora incorporada na Constituição Federal em 2004, por meio de emenda

²³⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 59-86, jan./jun. 2012. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/04_rev15_059-086_-_estefania_maria_de_queiroz_barboza_0.pdf. Acesso em: 14 mar. 2018.

²⁴⁰ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Gulbenkian, 2007. p. 111.

²⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 284.

²⁴² LIMA, Flávia Danielle Santiago. Revisitando os pressupostos da juristocracia à brasileira: mobilização judicial na Assembleia Constituinte e o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 2, p. 145-167, ago. 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/59168/35975>. Acesso em: 18 abr. 2019: “A hipótese da autopreservação hegemônica, formulada por Ran Hirschl como explicação para a juristocracia, é confirmada no sistema brasileiro, no que concerne à participação de juristas e juízes na Assembleia Constituinte, por meio dos mecanismos regimentais e também de intenso lobby político, como mostra a historiografia [...]. A influência dos juristas era esperada numa Constituinte que contou com expressivo percentual de advogados entre seus membros, instaurada sob os influxos da efervescência de teorias jurídicas e da esperança nas potencialidades do projeto constitucional”.

constitucional, o que mostra que o centralismo do Poder Judiciário é aceito pelos demais poderes, o que também não se configura apenas um fenômeno nacional.²⁴³

O certo é que a tímida atuação anterior durante as sucessivas constituições caracterizando uma autocontenção do Poder Judiciário dera-se notadamente pela ausência de todo o arcabouço instrumental que a Carta de 1988 trouxera. Após a Constituição de 1988, as normas constitucionais gozam de uma centralidade no discurso jurídico.²⁴⁴ E a população brasileira tem bem acolhido o Poder Judiciário como ator de destaque na seara política. Por ser extremamente complexo e difícil movimentar o aparato democrático do Legislativo, inclusive por parte de leis de iniciativas populares, muitas vezes predomina o utilitarismo, sendo que o objetivo desejado pode ser rapidamente assegurado pelo Poder Judiciário, inclusive por meio de liminares.²⁴⁵

As afirmações de que o pró-ativismo do Poder Judiciário nos assuntos relacionados à Política Pública traz um afastamento dos princípios democráticos²⁴⁶ também não encontra muita guarida. A jurisdição é inerte. O Poder Judiciário, seja no controle concentrado ou difuso de constitucionalidade só age mediante provocação. Em âmbito de controle concentrado, nas ações diretas de inconstitucionalidade, nas ações declaratórias de constitucionalidade, na provocação de aprovação, revisão ou cancelamento de súmula vinculante e na arguição de descumprimento de preceito fundamental, os legitimados, todos,

²⁴³ HIRSCHL, Ran. *Juristocracy – Political, not Juridical*. The Good Society, v. 13, n. 3, p. 6-11, 2004. Project MUSE. Disponível em: <https://muse.jhu.edu/article/181442>. Acesso em: 18 abr. 2019: “I begin by briefly illustrating the key role of constitutional courts worldwide in confronting fundamental political issues. I then move on to suggest that the ever-accelerating reliance on courts and adjudicative means for articulating and dealing with core political questions could not have developed without the support (tacit or explicit) of political power-holders. Critics of judicial “hyper activism” tend to overlook the political origins of deference to courts, thereby misguidedly portraying courts and judges – rather than self-interested, risk-averse politicians – as the source of evil”

²⁴⁴ NASCIMENTO, Cristiano de Jesus Pereira. O sapateiro de Apeles: o protagonismo do Supremo Tribunal Federal e as fragilidades no processo deliberativo judicial. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF, 9 nov. 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.57016&seo=1>. Acesso em: 18 abr. 2019.

²⁴⁵ RÊGO, Eduardo de Carvalho. *Superpoder Judiciário: o papel do controle de constitucionalidade na consolidação da juristocracia no Brasil*. Florianópolis, 2018. Disponível em: <http://150.162.242.35/bitstream/handle/123456789/189499/PDPC1360-T.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 abr. 2019. p. 234.

²⁴⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 59-86, jan./jun. 2012. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/04_rev15_059-086_-_estefania_maria_de_queiroz_barboza_0.pdf. Acesso em: 14 mar. 2018: “A doutrina que se preocupa em limitar o papel e as funções da jurisdição constitucional, por entender que o exercício do *judicial review* ‘importa sempre em uma afronta à vontade da maioria, representada pelo Parlamento’ (Mello, 2004. p. 205), é conhecida como doutrina da *self-restraint* ou doutrina da autocontenção judicial.”

possuem funções democráticas, quando não titulam os cargos máximos nos demais poderes. São eles: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O controle, em face de os legitimados serem todos diretamente ligados a instituições democráticas públicas e privadas, é uma manifestação da democracia. Porém, ao considerar a participação direta do debate, identificam-se que as pessoas físicas são pessoas estranhas ao rol exaustivo dos legitimados do art. 103 da Constituição Federal, perante o controle abstrato de constitucionalidade. No entanto, temos o controle difuso de constitucionalidade, aberto a todos, sendo que em tais hipóteses, o julgamento da provocação de um único indivíduo pode ser irradiada para todos os demais, por meio dos institutos da repercussão geral ou mesmo pela suspensão da lei por parte do Senado. Assim, não se vislumbra um distanciamento e nem potencial de mitigação²⁴⁷ do modelo da democracia representativa nas decisões do Supremo sobre políticas públicas. Ao contrário, a democracia resta potencializada por permitir a dialética entre vários atores, entre eles, os que ostentam inclusive a legitimidade da representatividade do Executivo e Legislativo.

Ainda que existam zonas de tensões, deve o Poder Judiciário agir, a fim de corrigir os desvios de funções que existem em detrimento dos direitos fundamentais. A Suprema Corte, não pode eximir-se de sua responsabilidade diante das necessidades do Estado-Social.²⁴⁸ Também não se vislumbra qualquer extrapolação de limites do referencial judicial. Isso porque a função de controle de constitucionalidade vem bem delineada pela Constituição Federal.

Os direitos fundamentais, inclusive os sociais, são condições da democracia, e, em sendo o Poder Judiciário o guardião desses direitos, tem o dever de fiscalizar e até mesmo impor a concreção desses direitos, pois “a concretização judicial de direitos sociais

²⁴⁷ LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 31.

²⁴⁸ CAMBI, Eduardo. Revisando o princípio da separação dos poderes para tutelar os direitos fundamentais sociais. In: KLOCK, Andrea Bulgakov *et al.* (orgs). *Direitos fundamentais revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 97-98.

fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um *minus* em relação ao controle de constitucionalidade”.²⁴⁹

O custo do Poder Judiciário para implementar políticas públicas pode ser elevado. O Poder Judiciário brasileiro é um dos que mais custam para o país no mundo Ocidental. O custo de manutenção do Poder Judiciário, entre salários de juízes e servidores públicos,²⁵⁰ e uma ausência de eficiência motivada até mesmo pela estrutura criada pela Constituição Federal, que de acordo com o Relatório Justiça em Números/2015 teria, em 2014, 278,7 mil servidores (efetivos, requisitados, cedidos de outros órgãos e comissionados sem vínculo efetivo), além de 139,3 mil trabalhadores auxiliares (terceirizados, estagiários, conciliadores, juízes leigos), totalizando 418 mil pessoas,²⁵¹ a colaborar com a prestação jurisdicional é falha e demorada, “refletindo a ineficiência do Estado como prestador de serviços públicos”.²⁵²

O Judiciário brasileiro possui o maior número de funcionários públicos por habitante, mais do que a Inglaterra e a Alemanha, implicando num gasto significativo para manter este Poder, em sua maior parcela, para manter o salário dos servidores e não apenas para os magistrados. Outrossim, mesmo gastando substancialmente, é um dos judiciários mais abarrotados de processos no mundo.

Porém, ainda que os juízes sejam particularmente “responsáveis por mais casos novos por ano no Brasil do que em outras partes do mundo, o fato é que eles recebem o auxílio de uma força de trabalho significativamente maior para tanto”.²⁵³ Tal situação pode ser vislumbrada pelos gráficos seguinte. O primeiro,²⁵⁴ apresenta que o Brasil possui um número

²⁴⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; BERCOVICI, Gilberto *et al.* *Teoria da Constituição*: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 45.

²⁵⁰ VASCONCELLOS, Fábio. *Na relação com o PIB, Judiciário brasileiro custa quatro vezes o registrado na Alemanha*. Disponível em: <http://blogs.oglobo.globo.com/na-base-dos-dados/post/custo-relativo-ao-pib-do-judiciario-brasileiro-e-quatro-vezes-o-registrado-na-alemanha.html>. Acesso em: 19 jan. 2018.

²⁵¹ FRIEDE, Reis. *O Judiciário mais caro do mundo*. Disponível em: <http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,o-judiciario-mais-car-do-mundo,10000060068>. Acesso em: 20 jan. 2018.

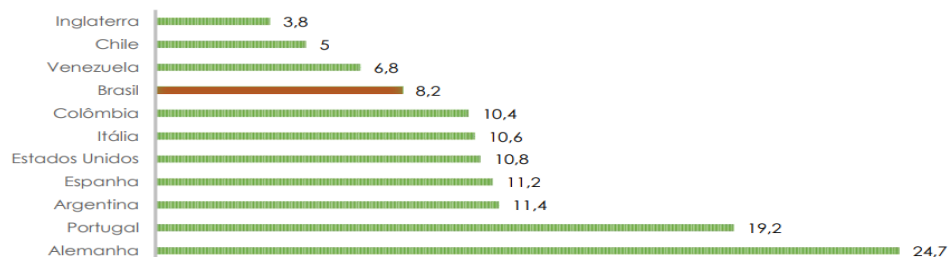
²⁵² Idem, *ibidem*.

²⁵³ DAROS, Luciano. *O custo da Justiça no Brasil*: uma análise comparativa exploratória. Newsletter. Observatório de Elites Políticas e Sociais do Brasil. v. 2, n.9. 2015. Universidade Federal do Paraná (UFPR) Núcleo de Pesquisa Em Sociologia Política Brasileira (NUSP). Disponível em: <http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2018.

²⁵⁴ Idem, *ibidem*.

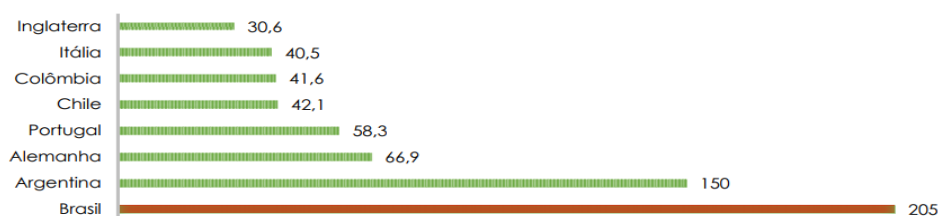
de 8,2 magistrados a cada 100.000 mil habitantes; no segundo,²⁵⁵ que este Poder demanda 205 funcionários, também a cada 100.000 mil habitantes.

Gráfico 2. Número de Magistrados por 100.000 Habitantes, países selecionados



Fontes: CNJ 2014; European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) 2014, 158; Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) 2007; Ramseyer e Rasmusen 2010, World Bank 2011.

Gráfico 3. Número de Funcionários por 100.000 Habitantes, países selecionados⁹



Fontes: CNJ 2014; European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) 2014, 177; Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) 2007.

E a própria estrutura do controle de Constitucionalidade previsto pela Constituição Federal contribui para a ineficiência. A excessiva gama de atribuições conferidas ao Supremo Tribunal que tem que dar a palavra final sobre cada aspecto e caminho da vida social contribui para uma efetividade questionável,²⁵⁶ embora a atuação do Poder Judiciário materializando protagonismo nas decisões políticas do país é bem vista pela população em geral, ou seja, em regra, as decisões chamadas ativistas são socialmente populares.²⁵⁷

²⁵⁵ DAROS, Luciano. *O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória*. Newsletter. Observatório de Elites Políticas e Sociais do Brasil. v. 2, n.9. 2015. Universidade Federal do Paraná (UFPR) Núcleo de Pesquisa Em Sociologia Política Brasileira (NUSP). Disponível em: <http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2018.

²⁵⁶ FERREIRA, Thaís Chaves Pedro. Efetividade das decisões das instâncias ordinárias como fator de reconstrução do papel constitucional do Supremo Tribunal Federal. *Publicações da Escola da AGU*. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1788>. Acesso em: 7 mar. 2019: “O abarrotamento de feitos em trâmite no Supremo Tribunal Federal conduz à debilidade na apreciação da matéria constitucional, uma vez que os ministros têm que julgar, no mínimo, 39 processos ao dia, incluindo nos finais de semana e feriados, afastando-os de seu propósito precípua que é a serena e refletida solução de questões fundamentais ao bem do Estado Democrático de Direito”.

²⁵⁷ RÊGO, Eduardo de Carvalho. *Superpoder Judiciário: o papel do controle de constitucionalidade na consolidação da juristocracia no Brasil*. Florianópolis, 2018. Disponível em: <http://150.162.242.35/bitstream/handle/123456789/189499/PDPC1360-T.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 abr. 2019. p. 247-248.

O Direito tem alcançado todas as relações sociais, sendo o Poder Judiciário chamado a reger muitas relações de natureza tipicamente privadas, como casamento, união estável, abortamento por anencefalia, mudança de sexo e de nome, forma de educação de filhos, cirurgias estéticas em menores de idade,²⁵⁸ entre diversos outros temas.²⁵⁹ A fluidez entre a política e a justiça nunca foi tão evidente e assistida. O Poder Judiciário figura diuturnamente nos noticiários, vídeos do *Youtube*, além de haver transmissão direta pela TV Justiça dos julgamentos da Corte.

A sociedade complexa e desinteressada parece estar à vontade com o Poder Judiciário. Há afirmações de que “esse desejo de tutela é ingênuo e infantil, na medida em que as pessoas se esquecem de que, na democracia, o poder emana da vontade do povo expressa nas urnas, não da vontade dos juízes”²⁶⁰ e que a judicialização da vida social em seus mais variados graus estaria por “enjaular” a sociedade,²⁶¹ posto que todo conflito ao virar uma demanda judicial, eis que o que vale é a palavra final do juiz,²⁶² estaria por delegar aos juízes a definição do nosso padrão social e moral, o que não deixa de demonstrar uma crise de identidade da sociedade,²⁶³ especialmente porque até mesmo os setores marginalizados da população possuem um amplo acesso à justiça oficial, o que se dá pelo fortalecimento das Defensorias Públicas.

A demanda por uma solução judicial tem sido elevada e constante. O eixo da democracia é transferido de um poder para outro, sendo que quem vai ao Poder Judiciário são as próprias instituições democráticas.²⁶⁴

²⁵⁸ ROSA, Léo. *A judicialização da vida privada*. Disponível em: <https://leorosa.jusbrasil.com.br/artigos/241904917/a-judicializacao-da-vida-privada>. Acesso em: 11 mar. 2019.

²⁵⁹ SCHMIDT NETO, André Perin. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil (Resenha dos textos de Luiz Werneck Vianna). *Revista da Faculdade de Direito UniRitter*, Porto Alegre, n. 10, p. 92, 2009.

²⁶⁰ TONELLI, Maria Luiza. *Todas as ditaduras do século 20 foram jurídicas*. Entrevista concedida a João Vitor Santos Revista do Instituto Humanitas Unisinos, São Leopoldo/RS, n. 494, ano XV, p. 50-55, 2016.

²⁶¹ AZEVEDO, Rodrigo. Uma justiça de caráter seletivo. Entrevista concedida a João Vitor Santos. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*, São Leopoldo/RS, n. 494, ano XV, p. 34-40, 2016.

²⁶² SADEK, Maria Tereza. *Judiciário: mudanças e reformas*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 12 mar. 2019.

²⁶³ VERBICARO, Loiane; MACHADO, Ana Victória; SOARES, Dennis. *Mídia, opinião pública e judiciário: o declínio da política e a construção de uma sociedade hiperjudicializada*. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/696vp84u/bloco-unico/edbn42J577rRkNay.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2019.

²⁶⁴ STRECK, Lênio Luiz. *O Supremo, o contramajoritarismo e o “Pomo de ouro”*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-Supremo_Tribunal_Federal-contramajoritarismo-pomo-ouro. Acesso em: 13 mar. 2019.

O homem, vivendo em uma sociedade com direcionamento estatal, submete-se a um conjunto de normas escalonadas de forma sistemática e com gradação em termos de valor, o que confere hierarquia a todo o sistema.²⁶⁵ A Constituição Federal configura o pressuposto de validade de todas as demais normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico.²⁶⁶ Kelsen arremata que “a norma fundamental é apenas uma pressuposição necessária de qualquer interpretação positivista do material jurídico”,²⁶⁷ sendo que sua validade não pode ser derivada e nem seus fundamentos podem ser questionados. Bobbio destaca ser a Constituição “fundamento subentendido da legitimidade de todo o sistema”.²⁶⁸

Antes da Constituição o que se tem são embates decorrentes de fatores reais de poder político sendo que após a promulgação da Constituição o poder se transforma em poder de direito.²⁶⁹ A Constituição possui o caráter subordinante e paradigmático para todo o ordenamento.²⁷⁰ E esse poder de direito é verificado através de um círculo hermenêutico.

E, é por isso que se diz que, de acordo com a doutrina constitucional dos tempos atuais, a teoria da Constituição será útil ao Direito Constitucional se for constitucionalmente adequada, ou seja, interpretada por um novo círculo hermenêutico, que busca interação entre a teoria e a experiência Constitucional, uma para investigar e descobrir concretas soluções jurídicas e a outra para fornecer consistência à teoria constitucional.²⁷¹

Tomando com base as disposições da Constituição Federal, cabe ao STF, bem como a todos os órgãos e Tribunais do Poder Judiciário, em situações necessárias por exigência constitucional, determinar que a Administração Pública²⁷² adote medidas necessárias a

²⁶⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 53.

²⁶⁶ MACHADO, Sulamita Crespo Carrilho. O normativismo jurídico de Hans Kelsen: a norma jurídica como objeto da ciência do Direito. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, v. 4, p. 8, 2003. Disponível em: <http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/prof/bkp/PROFES~1.RTF>. Acesso em: 15 maio 2011.

²⁶⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 110.

²⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: UnB, 1995. p. 60.

²⁶⁹ ARAÚJO, Leane B. F. *A jurisdição constitucional e a garantia dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/163/108>. Acesso em: 30 ago. 2013. p. 186.

²⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 107.

²⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva e Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), 2007. p. 11-12.

²⁷² RIBAS, Giovanna; SOUZA, Carlos Frederico. A judicialização das políticas públicas e o Supremo Tribunal Federal. *Revista on-line Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 44, p. 36-50, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/44artigo2.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2019.

assegurar os direitos. Em relação ao Poder Legislativo, embora não se possa mandar este legislar, a decisão judicial pode suprir a omissão. Temos assim garantido o controle de constitucionalidade das políticas públicas, assumindo o Poder Judiciário e principalmente o Supremo uma posição ativa no que se refere à proteção de direitos fundamentais. Todas as atividades políticas do Legislativo e Executivo submetem-se à Constituição e o Poder Judiciário é o guardião maior, cabendo a este analisar a constitucionalidade da ação ou omissão dos demais poderes, e, internamente, das próprias decisões emanadas dos diversos órgãos do Judiciário, o que ocorre por meio do sistema recursal.

Discussão sobre o eventual caráter antidemocrático do controle judicial de constitucionalidade também deve analisar a dificuldade contramajoritária denunciada por Bickel, já aventada desde os primórdios da história constitucional norte-americana. Nesta seara, aos magistrados, não eleitos, dá-se a possibilidade de dizer, em última manifestação, se os atos dos outros Poderes são compatíveis com a Constituição.²⁷³

Considerando que a Constituição apresenta os limites de atuação de todos os três poderes, principalmente em relação à atividade legislativa, o Judiciário tem a missão constitucional de reconhecer as leis ou atos inconstitucionais, sendo que para tanto temos delineados em nossa Carta Magna os critérios de análise da constitucionalidade das normas. O reconhecimento explícito em nossa Carta Magna deriva principalmente dos entendimentos reconhecidos à Suprema Corte norte-americana, sendo que nosso modelo materializou em muito o que já se tinha no âmbito dos Estados Unidos, com várias particularidades e especificidades no que se refere à apreciação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade por parte do Poder Judiciário.

A aplicação judicial de “valores fundamentais” não se opõe à democracia representativa, ao contrário, reforça-lhe os pressupostos, posto que, a Constituição incumbiu ao Judiciário os mecanismos através dos quais o sistema (sistema de controle de constitucionalidade procedimental) garanta que os representantes do povo realmente representem o povo, dando voz a todos.²⁷⁴ Também no aspecto de qualificação do Judiciário para dizer a última palavra em matéria constitucional, parece não haver dúvidas, ao menos

²⁷³ SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 313.

²⁷⁴ ELY, John Hart. Democracia e desconfiança. *Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução Juliana Lemos. Revisão Técnica de Alonso Reis Freire. Revisão da tradução e texto final de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. p. 135-136 e 183.

quando se verifica em deprimente passagem do processo político brasileiro, ao fundamentarem um *impeachment* de um presidente parlamentares abrindo e justificando seu voto em sentido absolutamente subjetivos, pessoais, até provincianos (família, pais falecidos, amigos).²⁷⁵ A contrário *sensu*, se a composição das Cortes constitucionais fosse por pessoas insanas ou desqualificadas, os prejuízos seriam nefastos à própria sociedade, sendo que de pronto a própria sociedade se encarregaria de extinguir uma Corte sem propósito de existir.

O Poder Judiciário passa a exercer um papel primário nas atividades de Administração Pública.²⁷⁶ Esse papel, na seara internacional,²⁷⁷ não é novidade, tendo-se a título de exemplo os Estados Unidos, que usam o controle judicial desde a segunda metade do século XX.²⁷⁸ Dessa forma, a atuação, por si só do Poder Judiciário em relação a políticas públicas não pode ser vista como ativista, no sentido de “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”,²⁷⁹ posto que, em políticas públicas a atuação do Judiciário é necessária e inevitável, decorrente de sua função constitucional atribuída pelo constituinte originário, porque a transição do Estado Social para o Estado Democrático de Direito resultou na transferência do núcleo Poder ao Judiciário e não

²⁷⁵ PRANDI, Reginaldo,; CARNEIRO, João Luiz. *Em nome do pai*. Justificativas do voto dos deputados federais evangélicos e não evangélicos na abertura do impeachment de Dilma Rousseff. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v33n96/1806-9053-rbcsoc-3396032018.pdf>. Acesso em: 9 set. 2018. Como, por exemplo: “Sr. presidente, pelos milhares de mineiros que me confiaram a sua representação aqui nesta casa, mineiros da minha querida Divinópolis; mineiros da minha terra natal, Nova Serrana; de Formiga; de Arcos; pelo povo de Belo Horizonte; na expectativa, Sr. presidente, de que este seja o início de uma pauta ética, que traga para a vida pública a decência e a moralidade de volta; pela minha família, pelos meus filhos, pela minha esposa, pela minha neta, pelo meu pai, hoje ausente, mas sempre presente na minha vida, pela minha mãe, dona Maria, os quais me ensinaram os valores que norteiam a minha vida pública, pelos meus irmãos, eu voto ‘sim’, sr. presidente (Jaime Martins, PSD-MG)”.

²⁷⁶ VIEIRA, Samuel. *A judicialização de políticas públicas no estado do bem-estar social (Welfare State):* considerações sobre a abrangência da atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos sociais previstos no texto constitucional brasileiro. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-judicializacao-de-politicas-publicas-no-estado-do-bem-estar-social-welfare-state-consideracoes-sobre-a-abran,590286.html>. Acesso em: 3 abr. 2019.

²⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo social e legitimidade democrática*. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 9 abr. 2019.

²⁷⁸ VIEIRA, Samuel. *A judicialização de políticas públicas no estado do bem-estar social (Welfare State):* considerações sobre a abrangência da atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos sociais previstos no texto constitucional brasileiro. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-judicializacao-de-politicas-publicas-no-estado-do-bem-estar-social-welfare-state-consideracoes-sobre-a-abran,590286.html>. Acesso em: 3 abr. 2019.

²⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo social e legitimidade democrática*. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 9 abr. 2019.

mais ao Executivo, o que implica o robustecimento da jurisdição constitucional, seja pela jaez hermenêutica do pós-guerra ou pela força normativa dos textos constitucionais.²⁸⁰

É possível inferir ainda que a ascensão do ativismo judicial no Brasil também se deve às constantes omissões legislativas e administrativas do Estado, cabendo aos magistrados a responsabilidade de efetivar os direitos fundamentais ao povo, que, em razão dos próprios ditames do ordenamento, não pode ficar sem resposta ao buscar a solução junto ao Poder Judiciário.²⁸¹

No diagrama Poder, que reflete os poderes do Estado, também seu equilíbrio e harmonia, o Supremo já assentiu inexistência de “uma fórmula universal apriorística e completa” (nas ADIs 98²⁸² e 183²⁸³), pois as mudanças sociais, suas exigências consequentes, evidenciam a necessidade de métodos novos na atuação do Estado, que já desconhece os marcos dos Estados Nacionais, “compondo um conjunto instável, inconstante, aspirando, contudo, vez e voz na formulação das decisões públicas”.²⁸⁴

Trata-se de movimento decorrente, inclusive, de vontade dos membros do Poder Judiciário, em decidir questões políticas e não mais uma demanda que decorre da judicialização ou da confiança nas decisões judiciais, ou seja, constitui-se uma nova

²⁸⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 190.

²⁸¹ OLIVER, Luciana Zanchetta. *Ativismo Judicial no Brasil e as consequências de sua consolidação*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. São Paulo, 2016. p. 63.

²⁸² Esta ADI foi apensa à ADI n. 183/MT e julgada no seguinte sentido: “Ementa: I. Separação e independência dos Poderes: critério de identificação do modelo positivo brasileiro. O princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional, de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República [...] Acórdão: Visto, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar inteiramente procedente a ação direta e declarar inconstitucionalidade do art. 92, inciso V, do art. 109, parágrafo único, do art. 50, § 4º, e dos artigos 121, 122 e 123 da Constituição do Estado de Mato Grosso, bem assim, do art. 42 dos Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, 7 de agosto de 1997.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 98/MT*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 7 ago. 1997. DJ 31 out. 1997.

²⁸³ Esta ADI foi apensa a ADI n. 98/MT. Por unanimidade foi julgada prejudicada em face do julgamento da ADI 98/MT. Idem.

²⁸⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Sindicar a omissão legislativa: real desafio à harmonia entre os poderes*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 210-211.

metodologia, que propõe um judiciário voluntarista, participativo, uma superfície do ativismo judicial.²⁸⁵

O ativismo judicial pode se consubstanciar em atividade necessária e inerente decorrente da própria atuação hermenêutica do Poder Judiciário na análise do amálgama entre os fatos e os dados jurídicos para se construir uma decisão, mesmo porque a atuação na construção das decisões não se furta às regras decorrentes da teoria do direito, filosofia do direito e filosofia moral.²⁸⁶

Nesse contexto, o Supremo vem se fortalecendo cada vez mais e passou a valer-se de atuações mais proativas, no sentido de não se limitar a um simples controle de constitucionalidade das leis, mas também, mesmo que de forma consequente, interferir nas decisões política,²⁸⁷ evidenciando uma atitude, escolha, proativa na interpretação da Constituição, que é compatível com as necessidades do mundo contemporâneo, a ponto do reconhecimento dessa conduta como necessária para o cumprimento de forma eficaz e efetiva da função típica do Judiciário.²⁸⁸

Assim, nesta sociedade complexa, estabelecer o acerto dessa postura proativa é análise que se mede pela proficiência pragmática, para as quais se consideram as coordenadas espaço/tempo como condição de correção dos juízos formulados, como a evidenciar a utilidade da interpretação que não pode ignorar o contexto de sua produção, ou seja, não se podem ignorar variáveis sociais, que sempre são espaço-temporais.²⁸⁹

Algumas questões da sociedade complexa e plural, de debates desconfortáveis aos grupos políticos, quando levadas ao Judiciário, revelam o ativismo judicial, não como uma

²⁸⁵ SOARES, José de Ribamar Barreiros. *Ativismo judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política*. 2010. 206 f. Dissertação (Doutorado) – Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) – UERJ, 2010. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/5244>. Acesso em: 10 jul. 2019. p. 3.

²⁸⁶ KOERNER, Andrei. *Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88*. Novos estud. – CEBRAP [on-line], n. 96, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso.

²⁸⁷ SILVA, Tatiana Mareto. O constitucionalismo pós-Segunda Guerra Mundial e o crescente ativismo judicial no Brasil: uma análise da evolução do papel do Poder Judiciário para a efetivação das constituições substancialistas. *Revista de Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 270-288, jan.-jun. 2016.

²⁸⁸ LIMA JUNIOR, José Martins. *O ativismo judicial em favor da dimensão social e da dignidade humana*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-ativismo-judicial-em-favor-da-dimensao-social-e-da-dignidade-humana,56816.html>. Acesso em: 16 mar. 2018.

²⁸⁹ Fragmentos 459 e 460 de: COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosofia a hermenêutica jurídica: fragmentos*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 165-166.

escolha possível, mas como instrumento único (inevitável) e indispensável à solução (necessário), porque não se encontraria nos caminhos tradicionais da hermenêutica qualquer resposta suficiente, útil, não se podendo olvidar que o “Direito é uma realização de fins úteis e necessários à vida”.²⁹⁰

Luís Roberto Barroso coleta alguns exemplos, que o esforço de compilação impõe transcrição:

- [...] a) pode um casal surdo-mudo utilizar a engenharia genética para gerar um filho surdo-mudo e, assim, habitar o mesmo universo existencial que os pais?
- b) uma pessoa que se encontrava no primeiro lugar da fila, submeteu-se a um transplante de fígado. Quando surgiu um novo fígado, destinado ao paciente seguinte, o paciente que se submetera ao transplante anterior sofreu uma rejeição e reivindicava o novo fígado. Quem deveria recebê-lo?
- c) pode um adepto da religião Testemunha de Jeová recusar terminantemente uma transfusão de sangue, mesmo que indispensável para salvar-lhe a vida, por ser tal procedimento contrário à sua convicção religiosa?
- d) pode uma mulher pretender engravidar do marido que já morreu, mas deixou o seu sêmen em um banco de esperma?
- e) pode uma pessoa, nascida fisiologicamente homem, mas considerando-se uma transexual feminina, celebrar um casamento entre pessoas do mesmo sexo com outra mulher?²⁹¹

Note-se que somente intérprete criativo (ativismo judicial e também pelas mutações normativas e releituras dos mesmos enunciados normativos) poderia encontrar respostas rápidas a questões tão cruciais, que o legislativo não quer ou demoraria muito para enfrentar. Discussões dessa natureza exigem do julgador uma participação consciente de sua função emancipadora e promotora de uma política jurídica, o que não é novidade, tão menos, contrário ao ordenamento jurídico, ao reverso, uma constatação típica e permitida na ciência do direito, a dinâmica da jurisprudência.²⁹²

Respeitada a condição primeva do Direito das exigências axiológicas da ordem e da segurança, comuns às leis típicas do poder legiferante, também outras regras jurídicas compreendem o caráter normativo e, seria limitar a compreensão se ignorássemos a dinâmica da experiência histórica, que é válida quando inserida no sistema, ou seja, toda norma é o que

²⁹⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. 15.tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 569.

²⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 99.

²⁹² Fragmentos 1.168 e 1.171 de: COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosofia a hermenêutica jurídica: fragmentos*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 380-381.

se interpreta dela, especialmente quando a partir dessa é que se compreende as demais, de modo que “as normas valem em razão da realidade de que participam”.²⁹³

Logo, o debate dicotômico sobre a possibilidade de decisões ativistas é intenso, o que, entretanto, já é uma realidade no STF, sendo no campo das políticas públicas, necessárias e inevitáveis, principalmente ao se reconhecer maior o “campo do *Direito possível* do que do *Direito Positivo*”,²⁹⁴ porque este tem coordenadas de um tempo e espaço que culminaram em sua existência e vigência, ignoradas ou insuficientes à complexidade, pluralidade e dinâmica social.

O ativismo democrático-construtivo das políticas públicas em nada se confunde com o ativismo judicial no seu sentido mais amplo, de ação proativa, opção do julgador. A inevitabilidade decorrente da função democrática judicial afasta a possibilidade de escolha, de opção. Note-se que a necessidade ainda é um requisito que pode ser demonstrado em qualquer decisão dita ativista, indistintamente, porque costuma se enfrentar os chamados casos difíceis, entretanto, a inevitabilidade é um pressuposto que decorre da implicância que as políticas públicas têm na manutenção do Estado Democrático Constitucional, seu fundamento, cuja guarda foi originariamente atribuída ao Poder Judiciário, especificamente ao Supremo Tribunal Federal.

2.3 PODER CONTRAMAJORITÁRIO E REPRESENTATIVO

A Democracia configura-se em um regime político no qual os cidadãos participam do poder, seja diretamente ou por meio de representantes, escolhidos mediante sufrágio universal. Nossa Carta Magna estabelece, em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos fundamentos a cidadania. O art. 14 da CF/88, por sua vez, determina que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; e III – iniciativa popular”.

Na análise das relações entre democracia, cidadania e confiança em instituições democráticas, temos que estas últimas são definidas como meio pelo qual os cidadãos,

²⁹³ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. 15.tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 569-571.

²⁹⁴ Idem, p. 568.

representados, realizam as suas aspirações por meio de um mediador que vem a ser o representante, sendo que essa mediação é que vem a caracterizar o regime político democrático.²⁹⁵ Há um caráter relacional da ordem democrática que envolve as interações entre os indivíduos, as instituições e os recursos. O cidadão, agente mandante, acena para os representantes eleitos, que as transformam em diretrizes políticas, a serem executadas pelo administrador público.²⁹⁶

Experiências continuadas de corrupção, paralisia dos partidos e ineficiência no desempenho das instituições, como ocorrera na Itália, Alemanha e Japão geram certo afastamento e desconfiança em relação às instituições democráticas. Já em países em que as instituições responderam melhor aos anseios, há uma maior confiança, o que se dá, por exemplo, em países como Holanda, Dinamarca e Noruega. Em países como Estados Unidos, Inglaterra, França, Suécia e Canadá, a confiança vem diminuindo.²⁹⁷

No Brasil, nossas tradições já mostram ser elevado o grau de desconfiança.²⁹⁸ A qualidade da democracia vem sendo posta à prova. A ausência de qualidade na elaboração ou aplicação de leis, a corrupção, a indiferença diante de algumas demandas sociais e déficit de desempenho e o alto custo em se manter as instituições e as regalias de seus membros não são bem vistos pela população.

O Poder Legislativo tem como função típica legislar e a Constituição assume ao referido poder nas esferas federal, estadual, distrital e municipal um amplo leque de atribuições, ao tratar de forma detalhada do Poder Legislativo nos artigos 44 a 75 da

²⁹⁵ MOISES, José Álvaro; CARNEIRO, Gabriela Piquet. Democracia, desconfiança política e insatisfação com o regime: o caso do Brasil. Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo. *Opin. Publica*, Campinas, v. 14, n. 1, p. 6, jun. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_S0104-62762008000100001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 12 mar. 2019.

²⁹⁶ ANASTASIA, Fátima; INÁCIO, Magna. Democracia, Poder Legislativo, interesses e capacidades. Seminário: Desafios do Poder Legislativo. *Cadernos ASLEGIS /Associação dos Consultores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados*, Brasília: Aslegis, n. 40, maio/ago. 2010. Quadrimestral, p. 35.

²⁹⁷ MOISES, José Álvaro; CARNEIRO, Gabriela Piquet. Democracia, desconfiança política e insatisfação com o regime: o caso do Brasil. Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo. *Opin. Publica*, Campinas, v. 14, n. 1, p. 7, jun. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_S0104-62762008000100001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 12 mar. 2019.

²⁹⁸ MACIEL, Marcelo Sobreiro. O poder legislativo: perspectivas de um debate necessário. Seminário: “Desafios do Poder Legislativo”. *Cadernos ASLEGIS /Associação dos Consultores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados*, Brasília: Aslegis, n. 40, maio/ago. 2010. Quadrimestral, p. 12: “As pesquisas de opinião sobre a confiança da população em instituições e profissões têm colocado o Congresso Nacional, suas casas, e os partidos políticos nas últimas posições. A descrença nos políticos é certamente um fenômeno mundial, assim como a insatisfação com o sistema eleitoral vigente. Mas, preocupa, no entanto, a forma como essa desconfiança, além de ter aumentado sensivelmente por aqui nos últimos anos, atrelou-se principalmente ao Poder Legislativo”.

Constituição, definindo as funções, formas de organização e instrumentos de atuação. Entretanto, o que se nota na prática é uma subserviência ao Poder Executivo em contraprestação a receber uma participação na fisiologia inchada deste último poder, o que se tem chamado de presidencialismo de coalizão.²⁹⁹

A mora ou omissão de atuação do legislativo em implementar por meio da edição de leis os direitos assegurados pela Carta Magna, tem aberto o caminho para o Poder Judiciário, guardião da efetividade dos princípios constitucionais, ampliar sua atuação. E o caminho para tanto foi longo. Vigorou por muito tempo no STF a teoria não concretista, para a qual em caso de constatação de omissão, apenas se comunicava ao Poder Legislativo, sendo que havendo alguma outra determinação, falar-se-ia em ofensa à separação de poderes.

Com o tempo ganhou força a teoria concretista geral que permitia, além do reconhecimento da omissão, uma decisão permitindo o exercício do direito pelo impetrante, o que se verificou no julgamento das ações dos Mandados de Injunção n. 670/ES,³⁰⁰ 708/DF³⁰¹ e 712/PA,³⁰² todos tratando de exercício do direito de greve dos servidores públicos civis. O direito sobre o qual se discutia a omissão era o art. 37, VII, da CF/88, que previa que “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”. Tem-se aqui uma norma de eficácia limitada eis que o exercício do direito está condicionado à edição de lei, o que nunca foi levado a cabo pelo Legislativo pátrio.

Também nos julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ,³⁰³ que tratavam do

²⁹⁹ GARCIA, Lucyellen Roberta Dias; ZACHARIAS, Ricardo Almeida. *Crise de Legitimidade do Poder Legislativo e Ativismo Judicial: uma análise crítica do fenômeno como fator de risco para o Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos>. Acesso em: 13 mar. 2019. p. 10.

³⁰⁰ Na votação do Mandado de Injunção n. 670/ES, o Min. Relator originário Maurício Corrêa, conheceu do Mandado apenas no sentido de cientificar a ausência de lei regulamentadora (foi voto vencido). Prevaleceu o voto do Ministro Gilmar Mendes, para declarar a omissão legislativa quanto ao dever constitucional em editar lei regulamentadora do exercício do direito de greve, no setor público, aplicando, no que couber, a lei do setor privado (Lei n. 7.783/89). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 670/ES*. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgado em: 25 out. 2007. DJ 6 nov. 2007.

³⁰¹ Na votação do Mandado de Injunção n. 708/DF, o Ministro Gilmar Mendes votou para declarar a omissão do Legislativo e aplicar ao setor público, a lei de greve do setor privado para greve, no que couber. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 708/DF*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 25 out. 2007. DJ 6 nov. 2007.

³⁰² No julgamento do Mandado de Injunção n. 712/PA, também foi decidido no sentido de aplicação temporária da Lei 7.783 para solucionar a omissão legislativa. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 712/PA*. Relator: Min. Eros Grau. Julgado em: 25 out. 2007. DJ 6 nov. 2007.

³⁰³ Ambas ações tratam da equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.132/RJ*. Relator: Min.

reconhecimento da união homoafetiva como instituto de entidade familiar, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu disposições sobre o tema, conforme será melhor elucidado nos capítulos seguintes deste trabalho.

Evidencia-se também, a crise de identidade e de legitimidade do Poder Legislativo com o uso reiterado de medidas provisórias (art. 62 da CF), ficando o legislativo a reboque do presidencialismo de coalizão. Essas constatações acabam por legitimar a atuação e até mesmo um destaque do Poder Judiciário que, pela Constituição, tem a missão de ocupar qualquer espaço aberto pelo legislador. Bonavides destaca que “à medida que o princípio da legalidade declina, dele se aparta o princípio da legitimidade, que aufere outra vez autonomia e dimensão distinta em virtude da dialética revolucionária dos princípios introduzidos no corpo normativo das Constituições”.³⁰⁴

O critério para se definirem as minorias são os mais variados. Pode ser por critérios numéricos, poder aquisitivo, gênero, orientação sexual, prostitutas, estrangeiros, índios, pessoas com deficiência, com tatuagens³⁰⁵ ou pela menor expressão política.³⁰⁶ E no Brasil, país de dimensões constitucionais, o pluralismo é o que predomina. Há diferenças entre as regiões, manifestando-se vários tipos de cultura.

São tantas minorias que muitas delas sequer conseguiriam, por exemplo, assinaturas necessárias para se emplacar uma lei de iniciativa popular, instrumento de materialização da soberania popular. O § 2º do art. 61 da CF/88 destaca que “a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”. Dificilmente uma minoria irá atingir esse montante de eleitores exigido, sendo que algumas minorias sequer fazem parte do eleitorado.

Ayres Britto. Julgado em: 5 mai. 2011, *DJE* 13 out. 2011; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF*. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 5 maio 2011, *DJE* 13 out. 2011.

³⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 133.

³⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 898450/SP*. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 17 ago. 2016. *DJE* 31 maio 2017: “Editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais”.

³⁰⁶ FERNANDES, Tatiana Moretz-Sohn. Democracia e minorias: uma leitura crítica sobre a forma de governo no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 96, jul./ago. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.96.01.PDF. Acesso em: 18 abr. 2019.

O postulado da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) de significativo vetor interpretativo, consubstancia-se em um verdadeiro valor-fonte que inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e a proteção das minorias assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais. Devem ser neutralizadas práticas ou omissões lesivas aos direitos das minorias.

O Supremo está ciente de seu papel, já tendo destacado que:

incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado.³⁰⁷

O acesso à Justiça é o acesso à ordem jurídica sem qualquer restrição, sendo o direito de se pleitear a tutela da função jurisdicional do Estado.³⁰⁸ E o mero acesso seria insuficiente senão se assegurassem mecanismos eficientes de efetivação das garantias e direitos.³⁰⁹ O acesso tem que ser efetivo e não apenas formal, devendo ser garantida a todos, sob pena de que aos que não pudessem se submeter à Justiça seriam relegados a sua própria sorte.³¹⁰ O acesso à Justiça em si está intimamente ligado à noção de cidadania.³¹¹

Seu primeiro registro manifesto como dever do Estado teria sido o Código Austríaco de 1895, que conferiu ao juiz um papel ativo para equalizar as partes (pelo menos quando as partes estivessem na Justiça).³¹² Tem-se nesse exemplo um dos fundamentos do direito público alemão construído no século XIX, com implicações que se verificam ainda no contexto austríaco.

³⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 477554/MG*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 16 ago. 2011. *DJE* 25 ago. 2011.

³⁰⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 71.

³⁰⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 30.

³¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 9.

³¹¹ CAVALCANTE, Tatiana Maria Náufel. *Cidadania e acesso à justiça*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32195-38277-1-PB.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2018. p. 15

³¹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 11.

O conceito de cidadania no Brasil, com base no que verificamos em nossa tradição constitucional, revela-se em estado de permanente crescimento. Demandas sociais tendem a aumentar. Entretanto, a mundialização do direito com o protagonismo que vem demonstrando o Mercado, inclusive ditando as regras sobre as possibilidades de serem submetidas à democracia, mostra que a dialética é constante, o que demonstra a necessidade de decisões judiciais que se configurem em reação às demandas elásticas da sociedade.

No Império brasileiro, essa garantia praticamente não existiu,³¹³ embora no mundo moderno no século XIX já trazia suas contribuições que fora “a racionalização da vida jurídica, com a adoção da ideia de sistema e o desenvolvimento do pensamento sistemático, do que os maiores exemplos foram os códigos e as constituições”.³¹⁴

Já no final do século XX, com o movimento do pós-positivismo as materializações do acesso à Justiça se tornaram mais evidentes. Não abrange só direitos individuais, mas também os coletivos, difusos e individuais homogêneos.³¹⁵ Importante papel na democratização do acesso à Justiça possuem a Defensoria Pública³¹⁶ e a própria organização da sociedade civil. E nessa seara, tem-se que a organização da sociedade civil é a materialização máxima da cidadania e da democracia. Torna-se menos dependente do Estado na consecução de seus objetivos. O conjunto de interesses pode facilitar o acesso à Justiça.

Reconhecemos que há obstáculos para a busca individual por Justiça, notadamente se buscada pelos pobres. Há uma maior distância do cidadão em relação à administração da Justiça, que cresce de forma proporcional às desigualdades sociais e econômicas. Menos recursos significa menos reconhecimento de direitos.³¹⁷

³¹³ CARNEIRO, João Geraldo Piquet. Análise da estruturação e do funcionamento do Juizado de Pequenas Causas da cidade de Nova Iorque. In: WATANABE, Kazuo. *Juizado especial de pequenas causas*: Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984. São Paulo: RT, 1985. p. 40.

³¹⁴ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 121.

³¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de direito constitucional*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 749.

³¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 12: “A primeira solução para o acesso – a primeira ‘onda’ desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representações jurídicas para interesses ‘difusos’, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente ‘enfoque de acesso à justiça’, porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”.

³¹⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 148.

A necessidade de decisões contramajoritárias, tratando-se de proteção às minorias, geralmente negligenciadas pelos demais Poderes e pela maioria da própria sociedade, estabelece a democracia no seu aspecto mais completo, porque realmente representa a todos, evitando a distância entre as minorias e suas demandas sociais, a buscar uma “democracia social focada não só no horizonte de uma maioria, mas que também, visualize minorias cujas necessidades são esquecidas”.³¹⁸

A missão mais complexa está na proteção das minorias à tirania da maioria,³¹⁹ sem incorrer no desrespeito ao princípio do governo majoritário, que é um princípio democrático, ou seja, não se pode ignorar que a maioria totalmente livre é muito perigosa, mas tão perigoso quanto autorizar a sobreposição de uma “constituição não escrita” de magistrados não eleitos.³²⁰

O tema da dificuldade contramajoritária não é novo. A maior crítica quanto à atuação democrática do Judiciário está na alegada ausência de legitimidade democrática, decorrente da representatividade, onde, sob as vestes de uma interpretação constitucional, definir-se-iam os rumos da política de uma sociedade, conferido a um seletivo grupo de operadores do direito (ditos) sem legitimidade democrática, até porque não representam os diversos corpos sociais, o que não seria desejável.

Essa situação não é muito diferente da divisão funcional existente, por exemplo, no hinduísmo indiano, em que cada casta tem sua função social, o que é feito com base em realidades imaginadas para permitir a cooperação entre os indivíduos.³²¹ Assim, quando exercido o controle da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, os membros do

³¹⁸ GROSS, Jacson; GUIMARÃES, Marcelo Maduell. Igualdade, dignidade da pessoa humana e minorias: uma democracia social em construção. *Revista de Direitos Humanos e Efetividade. Minas Gerais*, v. 1, n. 2, p. 218-235, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/revistadhe/article/download/124/125>. Acesso em: 18 abr. 2019.

³¹⁹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracia na América*. Edição condensada para o leitor moderno, por Richard D. Heffener. Tradução João Miguel Pinto de Albuquerque. Revisão de Anísio Teixeira. São Paulo: Companhia Editora Nacional da Universidade de São Paulo, 1969. p. 13-32.

³²⁰ ELY, John Hart. Democracia e desconfiança. *Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução Juliana Lemos. Revisão Técnica de Alonso Reis Freire. Revisão da tradução e texto final de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. p. 12-13.

³²¹ HARARI, Yuval Noah. *1976 – Sapiens – Uma breve história da humanidade*. Tradução Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2018. p. 186-187: “Os hindus que aderem a um sistema de castas acreditam que forças cósmicas fizeram uma casta superior a outra. [...] Ainda assim, até onde sabemos, essas hierarquias são produto da imaginação humana. Brâmanes e sudras não foram realmente criados por deuses e partir de diferentes partes do corpo de um ser primitivo. Em vez disso, a distinção entre as duas castas foi criada por leis e normas inventadas por humanos no norte da Índia, há cerca de 3 mil anos. Ao contrário do que dizia Aristóteles, não se conhece nenhuma diferença biológica entre escravos e homens livres”.

Poder Judiciário, independentemente do aval concedido pelo povo através do voto, desempenham indubitavelmente um poder político, podendo sobrepor a decisão do representante máximo do Poder Executivo, o Presidente da República eleito, ou mesmo dos 513 (quinhentos e treze) deputados eleitos, revelando o tema da dificuldade contramajoritária, nos termos da teoria constitucional.³²²

O campo empírico para as constatações são fartos como nas ações de controle concentrado de constitucionalidade em matéria de políticas públicas (há inclusive no campo doutrinário diversos cortes de análises dos julgados sobre temas determinados³²³), bem como em casos pontuais de grande repercussão na sociedade em que o Supremo, provocado a se posicionar por questões ligadas às políticas públicas, de certa forma, direciona os “caminhos” da sociedade sem, de fato, legislar.

Alguns desses casos de grande repercussão na sociedade foram selecionados nesta tese e serão apresentados em capítulos seguintes, como, por exemplo, a proibição do nepotismo, pesquisas em células-tronco, legitimidade das cotas raciais, ensino religioso nas escolas públicas, equiparação das uniões homoafetivas às heterossexuais, e outros tantos casos que não foram objeto desta tese, mas que também materializam as decisões contramajoritárias, como distribuição de medicamentos, internações obrigatórias em hospitais particulares as custas do poder público, creche e pré-escola às crianças até seis anos de idade, entre várias outras.

Cada uma das decisões permite a checagem específica de haver ou não nelas o ativismo. Já é sabido que apenas atribuir a uma decisão qualquer a característica de ser ativista sem fundamentar o porquê de ela assim dever ser considerada, isso sim, não deixa de ser uma forma de “ativismo não judicial”, porque essas ações muitas vezes chegaram ao STF

³²² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 282.

³²³ PAMPLONA, Danielle; ANDRADE, Manoela. O controle constitucional de políticas públicas no Supremo Tribunal Federal. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 6, n. 3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5691>. Acesso em: 15 abr. 2019: “Foram analisadas todas as 4.432 ações diretas de inconstitucionalidade distribuídas no Supremo Tribunal Federal desde o ano de 1989 até 2010. Destas, apenas 111 tratavam de leis versando sobre políticas públicas contestadas. Foram consideradas ações tratando de política pública aquelas que tinham como objeto normas que intuíam dar efetividade aos direitos fundamentais elencados na Constituição Brasileira, por meio de atuação do Estado.”

trazidas por interessados legitimados democraticamente como partidos políticos e associações.³²⁴

A constatação não é isenta de críticas, as mais severas, falando-se até em governo de juízes.³²⁵ A Juristocracia, Estado juristocrático de direito³²⁶ ou Judiciariocracia é a denominação que tem se dado quando há um protagonismo do Poder Judiciário no contexto político, o que não é um fenômeno exclusivamente brasileiro.³²⁷

Seria o governo exercido pelo próprio Judiciário, por serem constantemente levadas questões políticas para decisão do Poder Judiciário.³²⁸ Nas últimas décadas, o mundo tem assistido uma estonteante e rápida transição ao que se costuma chamar de juristocracia. Em vários países nos mais diversos pontos do globo, e até mesmo em entidades supranacionais, reformas constitucionais têm transferido, de forma sem precedentes, um aparato de força ao Poder Judiciário, o que é feito geralmente pela previsão nos corpos das constituições de vários direitos fundamentais e de um aparato judicial para a proteção de tais direitos.³²⁹

³²⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 59-86, jan./jun. 2012. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/04_rev15_059-086_-_estefania_maria_de_queiroz_barboza_0.pdf. Acesso em: 14 mar. 2018.

³²⁵ SANTOS, Luciana; BEZERRA, Fernando. *Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal e a implementação das políticas públicas no Brasil*. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/459a65a7577c0d5d7a4d93d86c0eb53c.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

³²⁶ PINTO, Hélio Pinheiro. *Juristocracia*. O STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial. Belo Horizonte, 2018. p. 53-54; OLIVEIRA, Juliana Gonçalves de; FERREIRA, Rafael Fonseca. A atuação política do Supremo Tribunal Federal: jurisdição constitucional ou ativismo judicial? *Revista Constituição e Garantia de Direitos*, v. 10, n. 2, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/download/14792/9810> Acesso em: 18 abr. 2019. p. 68: “O termo ‘juristocracia’ (*juristocracy*) foi cunhado pelo cientista político canadense Ran Hirschl, em sua obra *Towards Juristocracy*. Para o autor, ‘juristocracia’ seria o deslocamento do poder político para o Judiciário, que se dá quanto as elites políticas, econômicas e sociais transferem poder ao Judiciário, de forma voluntária, quando ameaçadas de perder a hegemonia na esfera política”.

³²⁷ STRECK, Lênio Luiz. *O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 18 abr. 2019: “Há certa expansão do Poder Judiciário a acontecer, em maior ou menor grau, no cenário mundial. O próprio Hirschl apresenta situações nas quais as decisões, tradicionalmente tomadas pelos meios políticos, acabaram judicializadas, como no caso da eleição norte-americana envolvendo George W. Bush e Al Gore; a decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre o papel da Alemanha na Comunidade Europeia, e o caráter federativo do Canadá. Na verdade, a intensidade da judicialização da política (ou de outras dimensões das relações sociais) é a contradição secundária do problema”.

³²⁸ DORI, Caroline Lovison; AGARIE, Caio Vinicius Roldão. *A juristocracia brasileira do século XXI: problemas do ativismo judicial com poder desconstituente*. A Desigualdade e a Reconstrução da Democracia Social. III Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p. 15-16.

³²⁹ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=ijgls>. Acesso em: 18 abr. 2019.

Em regra se afirma que haverá ativismo quando o Poder Judiciário atua fora do âmbito de suas competências constitucionais, o que é de difícil constatação, tendo em vista que pela própria Carta Cidadã os direitos fundamentais são encontrados por todos os lados, assim como são os instrumentos pelos quais o Poder Judiciário pode analisar a constitucionalidade de atos dos demais poderes, sendo chamado a decidir de forma definitiva sobre questões morais, sociais e políticas relevantes para a sociedade.³³⁰ As críticas quanto a eventual falta de legitimidade do Judiciário em dizer a “palavra final” nas políticas públicas (quando a ação foi judicializada), caminham no sentido de que ao analisar pontualmente cada decisão, é que se teriam elementos necessários para se afirmar que “a cadeia de precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre controle de políticas públicas apresenta um preocupante déficit de legitimidade, entendida esta no sentido reflexivo”.³³¹

O argumento contra a juristocracia é a ausência legitimidade democrática, o que é falacioso, tendo em vista que a atuação dos órgãos judiciais se dá por determinação do órgão máximo da democracia, o Poder Constituinte Originário. Ainda assim não se poupam críticas, de que o magistrado não foi eleito pelo povo e que o “dogma da sacralidade da Constituição” teria sido utilizado como justificativa para que as normas constitucionais se tornem um fim em si mesmas, a ignorar que foram redigidas pelos mesmos políticos que aprovam as leis consideradas inconstitucionais pelo Supremo.³³²

Argumenta-se que por não ter a questão conteúdo objetivo, fica fácil substituí-lo pela vontade pessoal dos que proferem as decisões, formando uma juristocracia por mero capricho ou arbítrio do Poder Judiciário e inação dos demais poderes,³³³ o que nunca foi permitido em

³³⁰ LEAL, Mônia; MORAES, Maria. O Supremo Tribunal Federal e o discurso da implementação de políticas públicas na jurisprudência brasileira: a atuação justificada na omissão. *Revista do Departamento de Ciências Humanas da Universidade de Santa Cruz do Sul*, Edição Especial n. 47, p. 289-301, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/9571/6025>. Acesso em: 2 abr. 2019.

³³¹ MORAIS, José Luis; BRUM, Guilherme. Estado social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v16i63.45>. Acesso em: 3 abr. 2019.

³³² RÊGO, Eduardo de Carvalho. *Superpoder Judiciário: o papel do controle de constitucionalidade na consolidação da juristocracia no Brasil*. Florianópolis, 2018. Disponível em: <http://150.162.242.35/bitstream/handle/123456789/189499/PDPC1360-T.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 abr. 2019. p. 247-248.

³³³ PAIVA, Rebecca de Souza. *Juristocracia e a efetivação dos direitos fundamentais: tensão entre a forma democrática de governo e o constitucionalismo*. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=f1b0f08180f4711c> Acesso em: 18 abr. 2019: “As expressões ‘instauração de uma Juristocracia’ ou ‘ativismo judicial’ são conferidas, portanto, a uma inevitável atividade e progressiva expansão do judiciário, as quais se configuram legítimas e, acrescente-se, absolutamente comuns e

constituições anteriores, “haja vista o Supremo sempre ter se reservado no enfrentamento de questões políticas ou de efetivação de direitos fundamentais pela via de promoção de políticas públicas”.³³⁴

A crítica mais robusta, contudo, é a de ausência de previsibilidade em suas decisões, o que acabaria por trazer insegurança jurídica e fazer mostrar o lado negativo de uma atuação mais proativa por parte do Poder Judiciário, atentando contra o regime democrático, porque ao não permitir previsões jurídicas singulares, faria com que o sistema jurídico não fosse eficiente para o caminhar cooperativo da sociedade, onde os sinais devem ser claros, constantes, como ocorre com as determinações de uma religião ou de uma doutrina política, o que seria incompatível com a margem de liberdade conferida ao magistrado, o que poderia vir em conjunto com preferências políticas e até mesmo pessoais, gerando decisões divergentes sobre um mesmo tema, a gerar a indesejada insegurança jurídica e arbitrariedade no modo de decidir pátrio.³³⁵

A necessidade de segurança jurídica é defendida por todos, inclusive pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Embora, destacamos os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico. Tais postulados serão refletidos em todas as relações jurídicas, e em relação a todos os poderes. Preservam-se situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal, mesmo a considerar os processos de mutação constitucional, que colocam a Constituição em permanente elaboração ao ser aplicada pelos Tribunais, especialmente quanto à interpretação constitucional exercida pelo Supremo, que por ser o guardião da Constituição, assume o papel

indispensáveis para a operação do ordenamento, além de servir como proteção ao experimentalismo democrático.”

³³⁴ ANDRADE, Fernando Gomes de. *Da autolimitação ao ativismo judicial*: um estudo acerca da releitura da teoria da separação dos poderes pelo poder judiciário brasileiro no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/25370/1/ulsd730020_td_Fernando_Andrade.pdf Acesso em: 18 abr. 2019. p. 14-15.

³³⁵ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Previsibilidade das decisões judiciais como fator de desenvolvimento. *Revista da Ajuris*, v. 40, n. 132, dez. 2013. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/253/188>. Acesso em: 18 abr. 2019: “A relação ideal entre os conceitos de jurisprudência, previsibilidade e segurança jurídica para que se atinja um sistema jurídico eficiente, seria então que a formação da jurisprudência, assim como das decisões vistas isoladamente, deveria ser orientada de forma a que os Magistrados, ao julgarem casos semelhantes, obtenham conclusões semelhantes, dotando o sistema jurídico de previsibilidade apta a gerar a almejada segurança jurídica aos seus jurisdicionados. Desse modo, para que se possa alcançar previsibilidade, na busca de uma relação ideal, faz-se necessário não apenas que os Tribunais Federais e dos Estados respeitem os precedentes dos Tribunais Superiores, mas também, e principalmente, que estes respeitem seus próprios precedentes, garantindo segurança jurídica”.

de organizar institucionalmente o Estado brasileiro porque dispõe do “monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental”.³³⁶

Não se está aqui a falar de uma pura e simples supressão dos modelos representativos previstos na Constituição Federal de 1988, mas de se reconhecer que muitas vezes a própria sociedade organizada pode atuar de forma restrita buscando interesses próprios que não necessariamente são os da coletividade não organizada.³³⁷

Em face da Constituição Federal, não pode a legislação, nem mesmo a decorrente de emenda constitucional, atentar contra os direitos fundamentais, que podem ser considerados escudos contra as “maiorias”. E a verificação de estarem os representantes da “maioria” atuando contra direitos das “minorias” não poderia ser feita pelos representantes eleitos, mas sim por representantes do poder não eleito, independente, com maior isenção para decidir entre os direitos em colisão.³³⁸

É certo que os sindicatos já mostraram que não mais possuem tanta legitimidade para defender os interesses sociais, vez os sistemas de distribuição de cargos e sucumbência às forças e exigências oriundas do mercado têm se mostrado cada vez mais evidentes. Nesse prisma, a questão das políticas públicas, sua definição e controle, não podem ficar meramente a cargo de um ou alguns dos poderes, sendo necessária a atuação de todos e, de certa forma, com a “benção” final do Judiciário para que se tenham bem delineados os objetivos a serem seguidos pela sociedade.

Dessa forma, há tendência em se rediscutir a democracia, considerado esse aspecto contramajoritário, eis que, no atuar do Poder Judiciário na política, haveria uma desvinculação das instâncias formais de escolha da representação. Há constante busca em se compatibilizar a vontade da maioria com o arcabouço criado pela própria Constituição Federal, que, em si mesma, fora fruto da mais ampla forma de representatividade que fora a Assembleia Nacional Constituinte de 1988.

A revisão de políticas públicas por parte do Poder Judiciário não é algo que destoa do sistema por nós escolhido. Ao contrário, toda a atuação do Poder Judiciário e possibilidades de sua atuação emanam da própria Carta Magna. É um papel construtivista que o Poder

³³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.603/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 4 out. 2007, *DJE* 16 out. 2007.

³³⁷ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 29.

³³⁸ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2009. p. 205.

Judiciário exerce em relação à Própria Constituição, o que não é atribuição exclusiva de parlamentos ou poderes eleitos. Temos ampliação dos sistemas previstos na Constituição Federal, que criou mecanismos de proteção e implementação de seus valores.

Os modelos participativo e representativo devem se compatibilizar com o institucional efetivado pelo Poder Judiciário. Sinteticamente pode-se trazer que o modelo representativo é a sociedade que participa da gestão pública por meio de seus representantes, a democracia representativa. Já o modelo participativo busca complementar os mecanismos de participação direta nos Poderes. Nesse modelo participativo, conforme o conceito neoliberal de participação, a sociedade participa controlando as ações do Estado e, principalmente, a sociedade realiza em conjunto as ações e deliberações do Estado, pela atuação dos Conselhos (como é o caso do Conselho de Saúde e de Assistência Social) e como o Orçamento Participativo.³³⁹

É certo que o Poder Judiciário, de forma direta, não cria a política pública (*make public choices*),³⁴⁰ mas, com certeza, o caldo jurisprudencial existente que modelou e efetivou a forma de tratamento de direitos e princípios constitucionais anteriormente, restringe a ação do administrador e do legislador, cujos atos que venham a destoar dos precedentes jurisprudenciais podem ser questionados perante o próprio Poder Judiciário.

Os juízes possuem força para atuar de forma contramajoritária,³⁴¹ contrariando interesses de uma maioria e até mesmo os interesses reais dos mercados muitas vezes ocultos por trás de decisões do Poder Executivo e do Poder Judiciário. Entretanto, em face dos termos expressamente amplos da definição dos princípios por parte da Constituição, com a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis e por desaguar no Poder Judiciário questionamentos em sede de ações civis públicas, ações populares, e por diversos outros instrumentos jurídicos, percebe-se uma forma de substituição ou, no mínimo, um enfraquecimento da atividade legislativa. Teríamos aqui uma intervenção derivada ou

³³⁹ RIBEIRO, Agatha Justen Gonçalves. *Democracia participativa no contexto latino-americano: entre o Estado, os heróis e a sociedade civil*. Dissertação (Doutorado em Administração). Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas – FGV-EBAPE. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16984/Agatha%20JustenTese%20de%20Doutorado%20Final.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 10 maio 2019. p. 19-20.

³⁴⁰ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2009. p. 269.

³⁴¹ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 30.

subsidiária do Poder Judiciário, na medida em que no controle não pode atuar de forma irrestrita, limitado ao delineamento oferecido pela própria Constituição Federal.³⁴²

A substituição e controle entre os Poderes é prevista pela própria Constituição, instrumento máximo que rege os caminhos a serem trilhados pelo corpo social. É ela que traz hipóteses de não haver reserva absoluta de lei, de limite da atividade discricionária, dos princípios a serem seguidos pelo administrador e dos sistemas de controle das atividades legislativas e administrativas.

A atuação do Judiciário não é ilimitada na condução das políticas públicas, porque mesmo não sendo eleito, ao contrário dos integrantes do Legislativo e Executivo (e não sendo a função do Poder Judiciário revisar a atuação implementada pelos demais poderes e não atuar em substituição a estes, sendo que a discricionariedade do administrador não poderia ser substituída pela do juiz), os julgadores têm limites delineados pela própria Constituição, como, por exemplo, o ampliado sistema recursal, outros profissionais do Direito, o Ministério Público, o Conselho Nacional de Justiça e a Academia.³⁴³

2.4 ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO EM UMA SOCIEDADE COMPLEXA

Várias razões podem ter determinado a organização social, não sendo possível especificar na trajetória humana a mudança do ser individual para o coletivo, haja vista que emana da própria essência do homem a sociabilização. A organização política foi a resposta do grupo social para atender às necessidades e conveniências da comunidade. Por meio da legitimidade conferida pelo particular ao Estado, criou-se um aparato administrativo para o cumprimento de sua função.

Aventar nos tempos atuais sobre os conceitos da sociedade é tarefa árdua para quem não deseja alongar-se no tema. Sem a intenção de rechaçar as teorias clássicas e contemporâneas da sociologia que tratam o conceito da sociedade ainda no padrão Estado-nação e seus contornos territoriais, mas a sociedade atual não cabe mais na finitude do conceito supramencionado.

Para tanto, busca-se uma nova avaliação dos institutos sociológicos, visto as novas formatações da própria sociedade, que acentuam em seus fatos migratórios fluxos financeiros,

³⁴² CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2009. p. 271.

³⁴³ BRITTO, Carlos Ayres. Poder Judiciário: ativismo *versus* proatividade. *O Estado de S. Paulo*, 24.05.2015.

nova tecnologias e outros fatores apresentados pela atualidade.³⁴⁴ De qualquer forma, é inegável que vivemos em uma sociedade complexa, embriagados pela “modernidade líquida”,³⁴⁵ que diferentemente da sociedade anterior “modernidade sólida”, não há mais perspectivas com longas durações. Assim:

[...] Tudo é temporário. É por isso que sugeri a metáfora da "liquidez" para caracterizar o estado da sociedade moderna: como os líquidos, ela caracteriza-se pela incapacidade de manter a forma. Nossas instituições, quadros de referência, estilos de vida, crenças e convicções mudam antes que tenham tempo de se solidificar em costumes, hábitos e verdades "auto-evidentes". Sem dúvida a vida moderna foi desde o início "desenraizadora", "derretia os sólidos e profanava os sagrados", como os jovens Marx e Engels notaram. Mas enquanto no passado isso era feito para ser novamente "reenraizado", agora todas as coisas — empregos, relacionamentos, know-hows etc. — tendem a permanecer em fluxo, voláteis, desreguladas, flexíveis. A nossa é uma era, portanto, que se caracteriza não tanto por quebrar as rotinas e subverter as tradições, mas por evitar que padrões de conduta se congelem em rotinas e tradições.

Na Teoria dos Sistemas, Niklas Luhmann apresentou uma teoria geral da sociedade como sistema amplo dentro dos quais vários sistemas se agrupam através da comunicação, a desenvolver uma visão onde o homem não é o centro da sociologia, apresentando a rede de comunicação intersistêmica como o centro, ou seja, a sociedade seria o complexo, o contexto de variados sistemas que se entendem, que são autônomos e de certa forma também se comunicam. Sistema pode ser definido nesse momento como conjunto de operações que tem certa continuidade no tempo e Luhmann separa os sistemas em três tipos: i. orgânico, ii. psíquico e iii. social, que é o objeto de análise dele.³⁴⁶

Os sistemas vivos e biológicos se mantêm e se reproduzem através dos processos físico-químicos, não existe sentido para o sistema vivo biológico. Já para os sistemas psíquicos e para os sistemas sociais existe o sentido. Sendo que no sistema psíquico se constitui e se mantém pelo sentido, mas não reproduz esse sentido, só há pensamento; já nos sistemas sociais se constituem e se mantêm pelo sentido, reproduzindo esse sentido. Então, não existiria pensamento, existe só comunicação. O sentido está presente no sistema psíquico e no sistema social, é justamente o sentido que vai organizar a complexidade externa para

³⁴⁴ MARTINS, Carlos Benedito. Resenhas: em defesa do conceito de sociedade. ELLIOT, Anthony; TURNER, Bryan. *On society*. Cambridge: Polity Press, 2012. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 28, n. 82, jun. 2013. p. 234.

³⁴⁵ BAUMAN, Zigmunt. *Entrevista com Zigmunt Bauman por Maria Lúcia Garcia Pallares-Burke*. Tempo Social- .Scielo. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20702004000100015>. Acesso em: 10 maio 2019.

³⁴⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução para o espanhol de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. Cidade do México: Ed. Herder, 2005. p. 507-566.

trazer essa comunicação de modo que seja entendido pelo sistema psíquico, interligado através do acoplamento estrutural chamado linguagem, assim a comunicação seria a própria sociedade e estaria no cerne dos sistemas sociais.³⁴⁷

Os sistemas são constitutivos de realidade, em outras palavras, são matrizes epistêmicas de formação de sentido, ou, ainda, são formas de comunicação funcionalmente diferenciadas. Isso quer dizer que não existe um sentido ontológico, não existe uma essencialidade nas coisas, um sentido inicial nas coisas. O que nós vemos como sentido nada mais é do que uma visão que a formação de sentido sistêmico nos proporciona, que comunicação vai reduzir a complexidade do ambiente para uma complexidade menor, uma complexidade reduzida do sistema para que possa ser compreendida pelos sistemas psíquicos. Logo, o sentido na verdade seria uma operação de forma, que vai fazer uma distinção entre um sentido e não outro para ser interpretado por aquele determinado sistema. Assim, o sentido seria para Luhmann uma aplicação da forma e ele existe tanto nos sistemas psíquicos como nos sistemas sociais, inexistindo o não sentido, porque a partir do momento que se estabelece um não sentido já esta pressupondo um sentido.³⁴⁸

O direito, assim como os demais sistemas, surge para lidar com um problema social específico. No caso, a generalização simbólica das expectativas normativas, que, em contraposição às expectativas cognitivas, não podem ser alteradas ou abandonadas pelo seu próprio aprendizado sob o grave risco de um desequilíbrio sistêmico. Em outras palavras podemos dizer que o direito vem para lidar com aquilo contrafático. Então, o sistema social tem que dar uma resposta à sociedade a fim de que não haja um desequilíbrio no próprio sistema social. E para lidar com essa problemática social específica, que é a generalização simbólica das expectativas normativas da sociedade, o direito desenvolve uma função que se demonstra através do seu próprio código direito e não direito.³⁴⁹

A característica principal de uma sociedade complexa é a existência de riscos e incertezas, além da constatação de que as promessas feitas pela modernidade nunca se concretizarão, sendo certo ainda que as sociedades não necessariamente caminham para uma mesma finalidade, como o desenvolvimento econômico. Devem ser destacadas as características de uma “sociedade de riscos”, conceito trazido em 1980 pelo sociólogo alemão

³⁴⁷ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução para o espanhol de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. Cidade do México: Ed. Herder, 2005. p. 507-566.

³⁴⁸ Idem, p. 473-505.

³⁴⁹ Idem, p. 625-664.

Ulrich Bech, que diferencia e escalona a modernidade. A primeira (simples ou industrial) formara-se a partir do século XVIII, caracterizando-se por ser uma sociedade baseada no Estado territorial, nacional e fortemente industrializado. A segunda modernidade, na qual vivemos ("modernização da modernização", "segunda modernidade" ou "modernidade reflexiva"), escancara as insuficiências e as antinomias pregadas pela primeira modernidade, tentando superar os desafios da globalização, da individualização excessiva, do desemprego, do subemprego, da revolução dos gêneros e dos riscos globais da crise ecológica e da voracidade e volatilidade dos mercados financeiros.³⁵⁰

A vida humana sempre esteve envolta por riscos,³⁵¹ sendo uns mais previsíveis que os outros. E, mesmo com o avançar da tecnologia e da técnica, o homem, que sempre busca o total controle das situações que o ameaçam, não consegue evitar todos os riscos existentes em sua vida.³⁵²

As duas grandes guerras mundiais do século XX, que deixaram mais de 100 milhões de mortos mostraram a total impotência humana em viver em um mundo repleto de incertezas, cujo resultado fora o Holocausto, o fascismo, os desastres ambientais e nucleares e os imperialismos ideológicos comunista e americano.

Na violência do século XXI, as sociedades e os indivíduos, sejam eles ricos ou pobres, desenvolvidos ou não, não mais enfrentam a localidade de nações ou pessoas inimigas, mas riscos e perigos onipresentes, seja ele um ataque terrorista, um assassinato em massa em escolas ou igrejas, acidentes ambientais com potencial lesivo ainda que tenha ocorrido do outro lado do mundo, um vírus de computador, ou imagens e personagens que levam crianças e adolescentes a se suicidarem.

A certeza que a ciência pregava não tem mais lugar. As religiões, aptas a fazer as sociedades agirem em cooperação já estão sendo desbancadas pelo Homo Deus. A

³⁵⁰ BECK, Ulrich; ZOLO, Danilo. *A sociedade global do risco: uma discussão entre Ulrich Beck e Danilo Zolo*. Tradução port.: Selvino J. Assmann. Disponível em: www.cfh.ufsc.br/~wfil/ulrich.htm. Acesso em: 19 mar. 2019.

³⁵¹ CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. *Crime e sociedade complexa: uma abordagem interdisciplinar sobre o processo de criminalização*. Campinas: LZN, 2005. p. 150.

³⁵² KERCKHOVE, Derrick de. *A pele da cultura – uma investigação sobre a nova realidade electrónica*. Tradução Luís Soares e Catarina Carvalho. Lisboa: Relógio d'Água, 1997. p. 126.

modernidade é um contrato, sendo que “todos nós aderimos a ele no dia em que nascemos, e ele regula nossa vida até o dia em que morremos”.³⁵³

Ocorre que nesse contrato, a incerteza se mostra presente em todos os lugares,³⁵⁴ inclusive nas ciências e religiões. A constatação de que a natureza teria como único objetivo servir ao indivíduo não mais subsiste, pelo esgotamento ocasionado pelo desenfreado consumo mundial. O ciclo vicioso de busca de desenvolvimento econômico para se solucionar problemas sempre traz mais problemas a serem resolvidos com mais desenvolvimento econômico.

Analizando as características da modernidade, ressalta que “a projeção no futuro não possui grande sentido; o trabalho é relativizado por muitos centros de interesse; o quantitativo cede lugar ao qualitativo e ao desejo de fazer da vida uma obra de arte”.³⁵⁵ Já se percebeu que a ciência humana, bem como toda a sua tecnologia, não resolveram os problemas causados pela natureza ao homem, nem os causados por esta àquela. Os bens naturais, por serem naturalmente limitados e os interesses do homem ilimitados, fazem surgir os conflitos de interesses, eis que para se garantir todos os direitos, o interesse de um indivíduo deve prevalecer sobre o do outro, necessariamente (as pretensões resistidas, a lide). É nesse panorama que surge o Direito, como aquele que resolveria todas as diferenças.

Os riscos não respeitam as divisões sociais, embora os menos abastados sempre se submetam a eles de forma mais frágil. Mesmo na segurança de seu lar, com segurança monitorada, bem alimentado, com transgênicos e com recursos mais que suficientes para o gozo da vida com as facilidades proporcionadas pela modernidade, todos os indivíduos ficam impotentes adiante da poluição do ar, das notícias que chegam pelas redes sociais, bem como da subversão e inversão de valores que chegam por meio de programas televisivos que o tornam em meros e insignificantes telespectadores que esperam que algo ou alguém irá sempre resolver os seus problemas.³⁵⁶

³⁵³ HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: uma breve história do amanhã*. Tradução Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 205-206.

³⁵⁴ COMTE-SPONVILLE, André. *O ser-tempo: algumas reflexões sobre o tempo da consciência*; tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 53.

³⁵⁵ MAFFESOLI, Michel. *A violência totalitária*. Porto Alegre: Sulina, 2001. p. 25.

³⁵⁶ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Tradução Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998. p. 43.

A dicotomia entre a necessidade do progresso econômico e a consequente produção de riscos afetam o mundo global,³⁵⁷ mas, embora o potencial destrutivo da tecnologia alcançado pelas sucessivas guerras tenha evidenciado a capacidade de destruição em massa, também proporcionou o surgimento de diversas novas tecnologias presentes em nosso cotidiano, a exemplos os *smartphones*, aplicativos de comunicação, diversos remédios, veículos e diversos equipamentos eletrônicos, todos tornarem a nossa vida mais fácil e significativa.

Entretanto, a esperada sensação de segurança e prazer que tais novidades poderiam nos trazer sucumbem vez ou outra à inquietude dos desastres ambientais, dos extremismos, da ausência de valores, o que faz a sensação de insegurança ser sentida em todos os lugares, inclusive no interior de nossas protegidas residências.

Além de ter que saber repartir de forma justa a riqueza e assegurar a igualdade, também é necessário repartir e distribuir a destruição e os riscos a todos como a extinção de espécies animais e até mesmo de grupos étnicos, os desastres ambientais, as contaminações químicas, o esgotamento hidráulico, entre vários outros problemas. Os avanços médicos, morais e sociais que trazem consigo uma maior obrigatoriedade do Estado em relação ao cidadão, trazem consigo algo muitas vezes não quisto, mas que veio junto em um pacote único proveniente da venda casada que a geração de riquezas proporciona.³⁵⁸

É certo que compartilhamos uma era plural em que a aceleração das informações e facilidades do dia a dia fizeram o homem abandonar as suas certezas³⁵⁹ como a religião, a própria ciência,³⁶⁰ as forças do meio ambiente que aos poucos vai constantemente se exaurindo e até a moral, estando saboreando o ser humano as vantagens e responsabilidades de se sentir como o deus responsável pela própria existência.

A globalização que pode ser conceituada como a “intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa”,³⁶¹ a

³⁵⁷ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Tradução Jorge Navarro, Daniel Jiménez e María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998. p. 19.

³⁵⁸ Idem, p. 28

³⁵⁹ COMTE-SPONVILLE, André. *O ser-tempo: algumas reflexões sobre o tempo da consciência*; tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 53.

³⁶⁰ VIRILIO, Paul. *A inércia polar*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1993. p. 76.

³⁶¹ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. 6. ed. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. p. 69.

mundialização do direito e o mercado globalizado e sem fronteiras reduz a maioria dos indivíduos, ora a meros produtores ora a meros consumidores.

O homem pós-moderno, destituído de fé e de razão, de território, de projeto e de crença, de um futuro imprevisível, vê a solução no presenteísmo e no consumismo, capazes de minimizar sua depressão. Por não ter conseguido responder todas as dúvidas do ser humano, ainda que razoavelmente no caso das ciências sociais, mas, ao contrário, por demonstrar a incerteza dos próprios fundamentos e fenômenos, as ciências, são cobradas e questionadas por suas conclusões superficiais e ineficazes.

A pós-modernidade, se é que esse conceito ainda subsiste, encontra-se desestruturada. Isso porque o homem não consegue resolver seus problemas sociais, gerando em intensa sensação de impotência e desesperança.³⁶² As ciências sociais, e, principalmente o direito, não conseguem fornecer as explicações e fornecer a segurança tão almejadas. O “mito da modernidade”, faz crer que a submissão é um bem para todos, para civilizar, modernizar a todos, transformando a dominação em *emancipação, utilidade, bem do bárbaro*, ou seja, em culpar o dominado por sua condição de dominado, onde “o sofrimento do conquistado seria o sacrifício ou o custo necessário da modernização”.³⁶³

Mundialmente, nota-se a falência ou a insuficiência do Estado Providência. Mesmo em países desenvolvidos como os Estados Unidos, percebem-se as consequências de se estar no caminho de frente da linha do desenvolvimento. População obesa, socialmente dividida internamente, tentando se separar de nações consideradas impuras por meio de muros físicos, elevado número de pessoas vivendo na pobreza, entre diversos outros problemas.

Estar no primeiro lugar no que se refere ao percurso do trajeto retilíneo e uniforme do desenvolvimento não os torna muito diferentes de países que se encontram no final da fila da linha do progresso, onde os integrantes da fila contam com a submissão aos ditames do mercado globalizado, com a burocracia exacerbada que permite a corrupção em massa, com a concentração de rendas, com o desemprego e com a ineficiência.

³⁶² BAUMER, Franklin L. *O pensamento europeu moderno*. Tradução Manuela Alberty e Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1990. v. II, p. 192.

³⁶³ ARENHART, Bianca Geórgia Cruz. O processo penal brasileiro à luz da filosofia da libertação de Enrique Dussel. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 208.

É neste turbilhão de vantagens e desvantagens trazidas pela vida social potencializada pela ciência, que as constituições dos Estados Sociais e Democráticos de Direito são instadas a resolver problemas sociais e com isso ganham força na busca por novas formas de se traçar as diretrizes para a resolução dos problemas sociais.

O Direito, entretanto, é um sistema apenas parcial da sociedade, mas é chamado sempre a resolver as expectativas sociais contraditórias.³⁶⁴ Na sociedade complexa, o julgador é chamado para resolver problemas futuros,³⁶⁵ a exemplo de definir a melhor política pública a ser aplicada para resolver problemas futuros (o Direito foi concebido para resolver problemas passados, o caso concreto), que sempre se mostram novos até mesmo em face dos próprios avanços tecnológicos e sociais.

Ainda, recebe a qualificação de ser restitutivo, em face da capacidade e liberdade de estabelecer relações contratuais.³⁶⁶ E complexidade permite a existência de várias soluções para o mesmo problema, não se podendo falar em verdades absolutas, embora as estruturas sociais e possibilidades muitas vezes estejam de tal forma amarradas que só há um caminho a seguir, especialmente em políticas públicas.

Assim, como não poderia se imaginar diversamente, a sociedade complexa faz reflexos nas políticas públicas, essencialmente voltadas aos direitos sociais desta nova sociedade. E nessa busca por segurança jurídica se manifesta o ativismo democrático-constutivo; surgem as súmulas vinculantes, decisões *erga omnes*, entre diversos outros instrumentos que ostentam a missão de pacificação social, em continuar a finalidade e necessidade de qualquer sociedade, que é a existência de cooperação para que a própria sociedade continue a existir.

2.5 O PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

A constitucionalização do direito, passando a Constituição a ser a encarnação permanente de valores superiores da sociedade, implica que o conteúdo material e de

³⁶⁴ MARONA, Marjorie Corrêa. *Pensando o direito em sociedades complexas*. Disponível em: <http://domtotal.com/direito/uploads/1804.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

³⁶⁵ OLIBONI, Luiza Maria. *O direito na sociedade complexa e as novas formas de imputação de responsabilidade civil por danos ambientais*. 2010. Disponível em: <http://www.repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/7260/882-4623-1-PB.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 abr. 2019. p. 6.

³⁶⁶ ASSIS, Olney Queiroz. *Manual de antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 150.

significados dela oriundos se irradia para todo o restante do ordenamento jurídico, sendo que os valores, os comportamentos e os fins públicos traçados pela Carta Magna superam e condicionam a validade de todas as normas infraconstitucionais. Também afeta os demais poderes e até mesmo os indivíduos em sua esfera privada.

O neoconstitucionalismo, fenômeno que traz o Poder Judiciário para o centro de questões políticas, não é fato exclusivo brasileiro. Importante identificar as características deste sistema pós-positivista para fins de verificar que o Brasil tem seguido o que há de disposições em várias constituições modernas, fazendo-se presente o fenômeno da panconstitucionalização³⁶⁷ do direito.

Com efeito, independentemente do país que se tenha sob consideração, a teoria constitucional contemporânea sobre o controle judicial de constitucionalidade apresenta a polarização entre o interpretacionismo, para o qual os juízes devem se limitar a interpretar as novas das Constituições e o não interpretacionismo, que permite aos juízes uma atuação criativa para além da mera interpretação.³⁶⁸

Para os defensores da necessidade do panconstitucionalismo, ao seu intérprete não caberia apenas aplicar de forma direta as regras nela constantes, mas sim fazer toda uma releitura de atos legislativos que poderiam estar em confronto com a Carta principal. Há uma filtragem constitucional das leis e atos provenientes dos demais poderes. E isso seria necessário, eis que ao se assegurar uma vasta gama de direitos fundamentais, há imposição para que o administrador e o legislador busquem assegurar o que o Poder Constituinte assegurou, ainda que a concretização real e completa de vários direitos possa parecer mera utopia.

A Constituição encerraria uma proteção a determinados valores e direitos pelo interesse universal da própria sociedade na satisfação desses direitos. Mas é certo que o panorama vivido pelo Poder Constituinte pode tornar perene desejos que muitas vezes só seriam necessários no período em que atuou o Poder Constituinte, como regras paternalistas,

³⁶⁷ Mundialização é um termo similar a globalização, enquanto o panconstitucionalismo é uma expressão utilizada como sinônimo de panconstitucionalização (constitucionalização dos direitos – uma leitura que todos os direitos decorrem da CF. Tudo está na CF).

³⁶⁸ ELY, John Hart. Democracia e desconfiança. *Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução Juliana Lemos. Revisão Técnica de Alonso Reis Freire. Revisão da tradução e texto final de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. p. 4-14; BREGA FILHO, Vladimir; ALVES, Fernando de Brito. Termidorizar a deliberação: o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Brasileira de Direito*, 11(1): 124-134, jan.-jun. 2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5179375.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2019. p. 2.

protecionistas a determinados setores, corporativismos que, em outro momento da posterior história, podem se mostrar não tão necessários.

A título de exemplos temos que a Constituição de 1988 para além de analítica é, em alguns aspectos, prolixa e até corporativista, mas que, por estarem na Carta Maior, tornaram-se institucionalizados. Nesse cenário não sobraria muito espaço ao legislador ou administrador, titulares de poderes democráticos, realizarem suas próprias escolhas. Teríamos um viés inclusive antidemocrático, eis que em face dos termos abertos da Constituição, o Poder Judiciário estaria sempre com o poder de fixar os contornos dos caminhos a serem seguidos pela sociedade. Para que tal não ocorra seria necessário temperar a constitucionalização do Direito com uma não excessiva intervenção da autonomia dos demais poderes e até mesmo na autonomia privada.³⁶⁹

A constitucionalização do direito trouxe obrigações positivas e negativas para os membros do Poder Legislativo e Executivo, a serem submetidos à jurisdição constitucional. E esta possui um papel importante perante a sociedade e o cidadão comum. Com certeza é mais fácil para qualquer integrante da sociedade buscar uma justiça a que entenda ter direito no capilarizado Poder Judiciário a percorrer todo o caminho democrático para o acesso ao legislador ou o caminho por demasiado discricionário de ser atendido pelo Poder Executivo.

O Poder Judiciário tem um papel simbólico no imaginário social.³⁷⁰ A imparcialidade e o distanciamento do Poder Judiciário são bem vistos por todos, embora tenhamos recentemente uma necessidade de prestação de contas do Poder Judiciário para com a sociedade, entretanto “o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado Democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade”³⁷¹, ainda que mais difícil que o Poder Judiciário prestar contas à sociedade é saber o que ocorreria, caso a sociedade não aprovasse as contas apresentadas. O Legislativo e o Executivo, ainda que romanticamente, são submetidos à avaliação do voto.

Assim, a declaração de nulidade pelo Poder Judiciário em relação a atos produzidos pelo Poder Legislativo está fulcrada na garantia das normas constitucionais. Nesse sentido, quando o Poder Legislativo produz leis que afrontam a lei maior, é como se a intenção dos

³⁶⁹ SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. p. 131.

³⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista Nacional da Magistratura*, Brasília: Escola Nacional da Magistratura, ano 1, n. 2, p. 65, out. 2006.

³⁷¹ Idem, p. 66.

agentes eleitos pudesse sobrepor-se à intenção do povo, ou seja, o Judiciário não se sobrepõe ao Legislativo, ele garante a posição do povo assegurada nas leis fundamentais.³⁷²

Na fundação da república norte-americana, Hamilton trouxe argumentos convincentes não só para a então recém sociedade norte-americana, mas sim para grande parte do mundo ocidental, de que a tarefa da guarda do corpo normativo como base para regular a união de uma sociedade seria mais bem desenvolvida se atribuída a um juiz.³⁷³

Mas ao analisarmos friamente, a materialização da Constituição norte-americana e a atribuição à Suprema Corte dos Estados Unidos em protegê-la não pode ser de todo chamada de novidade, pois já no Código de Hamurabi afirmava-se que a ordem social babilônica tem origem em princípios universais e eternos de justiça ditados pelos deuses.³⁷⁴

Como o Código de Hamurabi, o documento fundacional norte-americano promete que, se os humanos agirem de acordo com seus princípios sagrados, milhões deles serão capazes de cooperar de maneira eficaz, vivendo em paz e segurança em uma sociedade justa e próspera. Como o Código de Hamurabi, a Declaração de Independência dos Estados Unidos foi não só um documento de seu tempo e lugar, mas também foi aceita e influenciadora de gerações futuras.³⁷⁵

A exemplo disso está a Declaração de Independência dos Estados Unidos, que mesmo após 3,5 mil anos após a morte de Hamurabi, quando da Declaração da Independência daquele país, seus representantes proclamaram princípios universais e eternos de justiça, que, como os de Hamurabi, foram inspirados em um poder divino. Porém, nos princípios importantes ditados pelo deus americano, diferente do ditado pelos deuses da Babilônia, estão direitos como a vida, a liberdade e a procura da felicidade.³⁷⁶

Os defensores de uma visão mais privatista do direito, do minimalismo judicial, destacam e pregam por uma visão mais abstrata, centrada na autonomia do indivíduo,

³⁷² HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 460.

³⁷³ Idem, p. 462.

³⁷⁴ HARARI, Yuval Noah. *1976 – Sapiens – Uma breve história da humanidade*. Tradução Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2018. p. 148-150.

³⁷⁵ Idem, p. 151.

³⁷⁶ Idem, p. 148-150.

repugnando uma inflação dos direitos fundamentais.³⁷⁷ Há claro conflito ideológico, mas no caso da Constituição Federal de 1988, extremamente detalhista que incorporou uma infinidade de valores, onde panconstitucionalização é uma realidade e amplia a discricionariedade dos tribunais que podem invocar as mais diversas decisões com base em uma mesma norma Constitucional³⁷⁸ (por alguns vista como um verdadeiro fundamentalismo constitucional, em que tudo pode ser reduzido a princípios, contribuindo para a fragilização da divisão entre os poderes).³⁷⁹

Um dos mais substanciais defensores do minimalismo judicial foi o norte-americano Cass Sunstein, que preconizou uma atuação *self-restraint* do Poder Judiciário, que deveria atuar apenas nos casos concretos que lhe fossem submetidos deixando para o Poder Legislativo maior espaço em suas atribuições próprias.³⁸⁰ E também na análise do caso concreto, deve o julgador se utilizar de argumentos o menos abrangente possível, reduzindo os fardos inerente às decisões judiciais e também reduzindo a quantidade de erros nas decisões, diminuindo os danos.³⁸¹ Ao se caracterizar como minimalista, a Corte estaria potencializando os processos democráticos, os dissensos e o pluralismo.³⁸² No âmbito do controle de constitucionalidade, este seria restrito ao controle incidental.

Os Estados Unidos exportaram para diversos países do mundo o sistema federativo e também a jurisprudência de sua Suprema Corte. Com feito, por cerca de um século e meio, tem a Carta Magna norte-americana feito história em termos de jurisprudência para as mais

³⁷⁷ GUNTHER, Luiz Eduardo. A negociação coletiva do trabalho como direito fundamental: necessidade de afirmação da tutela dos direitos de personalidade na atividade empresarial mundializada. *Revista Jurídica*, v. 21, n. 5, p. 95-121, 2008. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/download/118/92>. Acesso em: 18 mar. 2019. p. 103-104.

³⁷⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri *et al.* *Resiliência constitucional*: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10959>. Acesso em: 18 mar. 2019. p. 16.

³⁷⁹ VIEIRA JUNIOR, Beches; MOURA BORGES, Antônio de. Neoconstitucionalismo: definição, crítica e concretização dos direitos fundamentais. *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília: Escola de Direito*, v. 9, n. 1, p. 107-140, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/5055>. Acesso em: 18 mar. 2019. p. 62.

³⁸⁰ MENEZES, Flavia Ferreira Jacó de; SILVA, Alexandre Garrido da. *Poder Judiciário e diálogos institucionais*: uma perspectiva frente à flexibilização das decisões. *Horizonte Científico*, v. 8, n. 1, 2014. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/view/17921>, Acesso em: 19 mar. 2019. p. 16.

³⁸¹ OLIVEIRA, Claudio Ladeira de; MOURA, Suellen Patrícia. *O minimalismo judicial de Cass Sunstein e a resolução do Senado Federal no controle de constitucionalidade*: ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista15/minimalismoClaudio.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2019. p. 243.

³⁸² RADKE, Rafael Wagner. *Judicialização e democracia*: uma análise do *Caso Obergefell v. Hodges* à luz do debate entre constitucionalismo democrático e minimalismo judicial. 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/5768>. Acesso em: 18 mar. 2019. p. 92.

diversas Nações. É o caso das ações de caráter retributivista, inicialmente no que se refere à real marginalização dos afrodescendentes naquele país, com posterior inclusão das mulheres e de outras minorias como a de indígenas, deficientes físicos e grupos étnicos, por exemplo.

As ações afirmativas são frutos de políticas, públicas ou privadas, escolhidas para fins de materializar os princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana. O Estado tem a função de alcançar a igualdade material não devendo se contentar com a mera igualdade formal prevista na Constituição.

Em regra, a marginalização das minorias acarreta a marginalização socioeconômica, o que potencializa e retroalimenta a própria discriminação. A base das ações afirmativas é a escolha da melhor forma de alocar os recursos, que sempre são finitos, pela própria definição.³⁸³ O Estado deve buscar o *welfare of the Nation* sendo que a inércia pode levar a conflitos sociais, muitas vezes podendo culminar com revoluções. A finalidade do Estado de bem-estar social é tentar redistribuir de forma equânime os recursos originados da própria vida em sociedade. Utilizadas também como instrumentos compensatórios por conta de um passado de descaso e discriminação do próprio Estado para com determinadas minorias, por ser movida a democracia por ideais de respeito à diferença e à diversidade.³⁸⁴ São em regra medidas temporárias que buscam enfrentar alguma questão pontual na busca de uma igualdade substancial.

No Brasil, a cota para ingresso de negros nas Universidades Públicas decorre inclusive de compromissos internacionais, no caso, a Conferência das Nações Unidas contra o Racismo, em Durban, na África do Sul em 2001. Mas a gama de grupos com acesso às Universidades Públicas é mais ampla. Abrange os egressos de escolas públicas, os pardos, os indígenas, os portadores de deficiência, as pessoas de baixa renda, entre outros.³⁸⁵

³⁸³ GOMES, Joaquim Barbosa. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas*. Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, p. 15-58, 2003. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/21672-21673-1-PB.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2019. p. 13.

³⁸⁴ PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, n. 124, p. 43-55, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/%0D/cp/v35n124/a0435124.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2019.

³⁸⁵ DAFLON, Verônica Toste; FERES JUNIOR, João; CAMPOS, Luiz Augusto. Ações afirmativas raciais no ensino superior público brasileiro: um panorama analítico. *Cadernos de Pesquisa*, v. 43, n. 148, p. 302-327, 2013. Disponível em: <http://publicacoes.fcc.org.br/ojs/index.php/cp/article/view/261>. Acesso em: 17 mar. 2019. p. 309.

Muitos argumentam que as ações afirmativas estariam ferindo o próprio princípio da igualdade. Mas não é o que predomina mundialmente. A Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, já ratificada pelo Brasil, em 1968, estabelece que as medidas especiais adotadas com objetivo de assegurar o progresso de grupos raciais ou étnicos que necessitem da proteção para o livre gozo de seus direitos e liberdades não constituem discriminação racial.³⁸⁶

A Constituição de 1789, mais antigo texto constitucional escrito e que ainda se encontra em vigor, ainda que com texto extremamente conciso, sempre se configurou em uma Constituição inovadora, apta a permitir inúmeras possibilidades de interpretação às futuras gerações. *Equal Justice under law* é a frase de boas vindas trazida pela Constituição norte-americana, trazendo a responsabilidade principal daquele Tribunal.³⁸⁷

Casos julgados pela Suprema Corte se irradiaram para todo o mundo, o que fora incorporado pelas jurisprudências e também pelas Constituições de outras nações. Podemos citar a título meramente exemplificativo: 1) *Marbury v. Madison* (1803) – tido como o julgamento mais importante, tendo como pano de fundo a afirmação de que a Suprema Corte poderia determinar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de atos do Legislativo e do Executivo; 2) *Gibbons v. Ogden* (1824) – análise da repartição de competências em matéria federal e as Unidades Federadas, tendo se estabelecido a competência do Congresso para regular o comércio; 3) *Dred Scott v. Sandford* (1857) – onde há decisão favorável a legislações escravocratas de Unidades Federadas; 4) *National Labor Relations Board (NLRB) v. Jones & Laughlin Steel Corp.* (1937) – estabeleceu-se a competência do Congresso para regular as práticas industriais que envolviam o comércio entre as Unidades da Federação; 5) *Brown v. Board of Education* (1954) – decisão contrária à segregação racial nas escolas infantis; 6) *Gideon v. Wainwright* (1963) *Miranda v. Arizona* (1966) – reconheceu o direito à assistência judiciária a ser propiciada pelo Estado; 7) *New York Times Co. v. Sullivan* (1964) – reconheceu a liberdade de imprensa, destacando não poder o Estado processar a imprensa,

³⁸⁶ “Artigo I [...] 4. Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.” BRASIL. Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em: 20 mar. 2019.

³⁸⁷ UNITED STATES. The Court and Constitutional Interpretation. In: *100 Scholastic*. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/about/constitutional.aspx>. Acesso em: 20 abr. 2019.

apena quando se provar que a informação não era verídica;³⁸⁸ 8) *Roe v. Wade* (1973) – assegurou o direito de as mulheres realizarem o aborto; 9) *Citizens United v. Federal Election Commission* (2010) – considerou inconstitucionais quaisquer restrições à propaganda política implementadas por corporações; e 10) *National Federation of Independent Business et al. v. Sebelius* (2012) – decidiu-se pela constitucionalidade no ato que obriga os cidadãos a adquirir plano de saúde, o que seria possível mediante legislação tributária do Congresso.³⁸⁹

E esses são apenas poucos exemplos de casos que foram considerados por decisões em outros países ao redor do mundo. Criaram-se paradigmas utilizados por outras ordens jurídicas, como os princípios do devido processo legal (*due process of law*) e da isonomia (*equal protection of the laws*).³⁹⁰ A influência das decisões da Suprema Corte norte-americana no direito brasileiro é muito evidente. A título de exemplo, analisando a necessidade de força vinculante aos julgados pátrios sob políticas públicas, citou o STF o precedente *Brown v. Board of Education*, de 1954.³⁹¹ Do mesmo modo quando fez referência ao caso *McCulloch v. Maryland*, de 1819, ao argumentar acerca do poder de tributar.³⁹²

O modelo de constitucionalismo do mundo contemporâneo, seja nas democracias modernas ou nas tradicionais, em diversos países da Europa, América Latina, África e Ásia, em linhas gerais, segue o padrão estabelecido pelos Estados Unidos:³⁹³ “[...] (i) supremacia da

³⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 32.052/MS*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 23 nov. 2018. *DJE* 27 nov. 2018. Publicado em: 27 nov. 2018: “Nos Estados Unidos da América, formaram-se duas tradições ou dois modelos de interpretação da 1ª Emenda: a primeira, uma concepção liberal, enfatiza o bom funcionamento do ‘mercado das ideias’ e remonta ao voto dissidente de Oliver W. Holmes no famoso caso *Abrams*; a segunda, uma concepção cívica ou republicana, ressalta a importância da deliberação pública e democrática e tem origem, além dos fundamentos lançados por James Madison, no voto de Louis D. Brandeis no caso *Whitney v. California*, culminando no famoso caso *New York Times Co. v. Sullivan* [...]”.

³⁸⁹ UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE, *Bureau of International Information Programs. Outline of U.S. Government*. Revised 2013. Disponível em: https://static.america.gov/uploads/sites/8/2018/09/1310_Outline_of_US_Government_English_Reader-Edition_Lo-Res-1.pdf. Acesso em: 20 abr. 2019. p. 91-101.

³⁹⁰ GODINHO, Marcello; DUARTE, Fernanda. Notas Sobre a Suprema Corte Norte Americana. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro – SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 20, 2007. Disponível em: http://www7.trf2.jus.br/sophia_web/asp/download.asp?codigo=44020&tipo_midia=2&iIndexSrv=1&iUsuario=0&obra=65472&tipo=3&iBanner=0&iIdioma=0. Acesso em: 20 abr. 2019. p. 46-50.

³⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 35.985/DF*. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 19 nov. 2018. *DJE* 20 nov. 2018.

³⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.661/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 20 out. 2011. *DJE* 23 mar. 2012.

³⁹³ Interessante e indispensável a leitura de Rodrigo Brandão quanto à apresentação de um modelo alternativo ao modelo de supremacia judicial, apresentando a fórmula dos diálogos constitucionais entre os poderes. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus Diálogos constitucionais*. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

Constituição, (ii) controle de constitucionalidade, (iii) supremacia judicial e (iv) ativa proteção dos direitos fundamentais”.³⁹⁴

O acesso à *Supreme Court of the United States* dá-se por meio de petição (*petition for certiorari*) pela qual se pleiteia a reanálise de caso decidido por tribunal de inferior instância. Dessa forma, embora se use o termo petição, temos ali a figura de uma espécie de recurso. Verifica-se assim haver apenas modalidade de controle difuso de constitucionalidade, por conhecer a Corte do tema constitucional apenas de forma incidental e não pela via direta. A questão constitucional não é o objeto do julgamento, mas percurso necessário para a decisão da causa.³⁹⁵ No Brasil o sistema é misto, admitindo-se tanto o controle concentrado quanto o difuso.

Um ponto de diferença entre o sistema pátrio e o estadunidense é que, por aqui, a questão constitucional, em ambas as formas de controle, devem ser fundamentadas, tanto pela parte, quanto pelo Supremo. Nos Estados Unidos, há total discricionariedade da Corte em decidir que causas apreciará, sequer tendo que indicar as razões pelas quais se analisará ou não o tema,³⁹⁶ sendo que dos milhares de casos nos quais se solicitam pronunciamento do Tribunal, apenas uma pequena parte é analisada.³⁹⁷

O fato de a Corte resolver não analisar o tema não implica reconhecer que a decisão *a quo* fora constitucional. Significa apenas que a Corte não apreciará o tema, seja por estar sobrecarregada ou por entender que o tema é irrelevante, ou por qualquer outro motivo, havendo total possibilidade de análise e conveniência de sua parte.³⁹⁸

Verifica-se se a decisão do tribunal é compatível com a Constituição quando analisa leis federais (*federal question*) ou tratados internacionais. Dessa forma, ficam fora do âmbito

³⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Cadernos da Escola de Direito UniBrasil Centro Universitário*, n. 9, 2009. Disponível em: <http://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2621/2194>. Acesso em: 17 abr. 2019. p. 2:

³⁹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Suprema Corte Norte-Americana: um modelo para o mundo? *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, 233: 201-211, jul./set. 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45448/45002> Acesso em: 16 abr. 2019.

³⁹⁶ MARK, Tushnet. The United States: Eclecticism in the Service of Pragmatism. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Org.). *Interpreting Constitutions: a comparative study*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 13.

³⁹⁷ UNITED STATES. Supreme Court of the United States. *The Justices' Caseload*. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/about/justicecaseload.aspx>. Acesso em: 20 abr. 2019.

³⁹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Suprema Corte Norte-Americana: um modelo para o mundo? *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, 233: 201-211, jul./set. 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45448/45002> Acesso em: 16 abr. 2019.

de apreciação as leis estaduais, que por lá regulam importantes matérias como direito civil e empresarial. Uma característica da atuação da Suprema Corte norte-americana é que, tratando-se de direitos fundamentais, ela analisa apenas as ações estatais que de alguma forma afetem tais direitos fundamentais (*State Action Doctrine*), não analisando demandas que envolvam particulares entre si, por ser atribuição de cada unidade da federação daquele país regular as relações entre seus cidadãos, salvo quando o ente governamental, de alguma forma, facilitar, autorizar ou estimular a conduta privada (*entanglement exception*).³⁹⁹

Nesse ponto identificamos diferença com as hipóteses do direito pátrio em que o STF, evidenciando-se a repercussão geral, dará a palavra final quanto ao direito fundamental questionado, independentemente de a violação ser de algum ente público ou mesmo de entidades ou indivíduos da seara privada e até mesmo em sede de repercussão geral pátria, também são citados precedentes judiciais norte-americanos, em que se fez referência à *petition for certiorari* na Suprema Corte dos Estados Unidos, onde também se exige a demonstração de que a solução da causa ultrapassa os interesses subjetivos das partes.⁴⁰⁰

Ainda que a presidência da Suprema Corte norte-americana permita uma atuação mais duradoura de seu presidente, a diferenciar no Brasil, onde a presidência é alternada entre os Ministros por períodos curtos,⁴⁰¹ a Corte ora se mostra mais conservadora,⁴⁰² ora mais liberal

³⁹⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. A Suprema Corte dos Estados Unidos e o direito à intimidade. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ns. 28 e 29, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/bc-28-e-29/a-suprema-corte-dos-estados-unidos-e-o-direito-a-intimidade>. Acesso em: 16 abr. 2019.

⁴⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 1191442/CE*. Relator: Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 8 abr. 2019. *DJE* 10 abr. 2019.

⁴⁰¹ ANDRADE NETO, João. A Corte Mendes (2003-2013): progressismo nos costumes, garantismo penal, engajamento social e moralismo político. *Anais do IX Congresso da ABraSD: trabalhos completos – Sociedades Pós-Constitucionais: a sociologia do direito após 30 anos de constituição cidadã (homenagem à José Eduardo Faria)*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2018. p. 3-4: “O exemplo mais frequentemente lembrado, da Corte Warren, durou de 1953 a 1969 justamente porque Earl Warren serviu como *Chief Justice* durante todos esses anos (RODRIGUES, 1991). No Brasil, porém, tanto a presidência quanto a composição do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL se modificam consideravelmente em intervalos relativamente curtos. Por exemplo, durante a Corte Mendes (2003-2013), ocuparam a presidência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL os ministros: Maurício Corrêa (2003-2004), Nelson Jobim (2004-2006), Ellen Gracie (2006-2008), Cezar Peluso (2010-2012), Ayres Britto (2012) e Joaquim Barbosa (2012-2014), além do próprio Gilmar Mendes, que, no biênio 2008, exerceu a presidência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)”.

⁴⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro – RJ. Disponível em: <http://eds.b.ebscohost.com/eds/command/detail?vid=1&sid=4ce1eb14-243a-4efa-ba96-ad7a264cebb4%40sessionmgr103>. Acesso em: 18 abr. 2019: “Embora o período da Corte Warren (1953-1969) seja considerado um dos mais ativistas da história americana, diversos autores apontam para o fato de que sob a presidência de William Rehnquist (1986-2005) houve intenso ativismo de índole conservadora, tendo como protagonistas os Justices Antonin Scalia, indicado por Ronald Reagan, e Clarence Thomas, indicado por George W. Bush”.

e criadora em seus julgados,⁴⁰³ no decorrer dos últimos dois séculos, mas as referências quanto à da Suprema Corte norte-americana, feitas pelo STF pós Constituição de 1988, mostram o avanço da Corte daquele país no que se refere ao enfrentamento de temas, ainda que políticos. O Supremo Tribunal Federal, em vários de seus julgamentos, fez e faz referência explícita aos precedente da Suprema Corte norte-americana.

Por exemplo, ao tratar da inadmissibilidade de provas ilícitas, contida no art. 5º, LIV, da CF/88,⁴⁰⁴ a Corte brasileira já citou os seguintes paradigmas de julgados norte-americanos: *Nardone v. United States*, de 1939, *Wong Sun v. United States*, de 1963, *Weeks v. United States*, de 1914 e *Payton v. New York*, de 1980. Ainda sob a questão de análise probatória, com a possibilidade no direito pátrio de o juiz não ficar vinculado ao lado pericial em face do princípio do livre convencimento motivado, citou-se por aqui o precedente *Daubert vs. Merrell*, de 1993.⁴⁰⁵

O marco do qual se irradia a percepção dessa possibilidade de influência do Poder Judiciário nos demais poderes ocorreu quando a Suprema Corte fora presidida pelo *Justice Warren*. A partir da década de 1950, juiz de destaque e de influência não só nos Estados Unidos mas em todo o mundo, julgador que fizera perceber e materializar as possibilidades de atuação do Poder Judiciário nas mais diversas áreas de atuação dos demais poderes, fora Earl Warren. Pregava o ativismo judicial, notadamente como forma de compensar as deficiências verificadas nos âmbitos político e democrático.⁴⁰⁶

⁴⁰³ FELONIUK, Wagner Silveira. A política e a Suprema Corte dos Estados Unidos. *Revista de Teorias e Filosofias do Estado*. Publicação eletrônica, v. 01, n. 01, 2015. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistateoriasfilosofias/article/view/770>. Acesso em: 17 abr. 2019. p. 6.

⁴⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 29.146*. Informativo Supremo Tribunal Federal. Brasília, 13 a 17 de abril de 2015 – n. 781. Disponível em: <http://SupremoTribunalFederal.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo781.htm>. Acesso em: 22 de abr. de 2019: “A ‘Exclusionary Rule’, consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, atua como expressiva limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem da violação de direito material (ou, até mesmo, de direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “male captum, bene retentum””.

⁴⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 346180. *Informativo Supremo Tribunal Federal*. Brasília, 13 a 17 de junho de 2011 – n. 631. Disponível em: <http://SupremoTribunalFederal.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo631.htm>. Acesso em: 22 abr. 2019.

⁴⁰⁶ MORO, Sérgio Fernando. A Corte exemplar: considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 36, 2001. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/1802/1499>. Acesso em: 16 abr. 2019.

Com efeito, nem sempre a Suprema Corte teve uma posição contramajoritária, prevalecendo em alguns momentos o caráter conservador na abordagem dos temas, fortalecendo, outrora, a título de exemplo, a segregação racial e a invalidação de leis sociais.⁴⁰⁷ Com a atuação e empenho de Warren (1953 a 1969) na presidência da Suprema Corte (*Chief Justice*), a pauta passara a ser progressista em termos de direitos fundamentais, no que se refere a negros, mulheres e assuntos de natureza privada como interrupção de gestação, decisão que até os dias atuais ainda não foram revertidas. Isso levou a Suprema Corte ser conhecida como a Corte de Warren, tribunal no qual seus juízes buscavam assegurar a igualdade.⁴⁰⁸

Na década de 1960, percebe-se uma atuação mais liberal da Suprema Corte, abrangendo assuntos com bastante impacto na sociedade, como aborto (*Roe v. Wade*, 1973), racismo (*Brown v. Board of Education*, 1954), ampla defesa por meio de assistência judiciária (*Gideon v. Wainwright*, 1963), vedação de provas ilícitas (*Mapp v. Ohio*, 1961), direito ao silêncio (*Escobedo vs. Illinois*, 1964)⁴⁰⁹ entre outros.⁴¹⁰ A Suprema Corte estadunidense mostra uma intensa atuação política, notadamente quando apenas dois partidos polarizam a política, tendo o Poder Judiciário iniciado e encerrando vários debates de natureza absolutamente política.

No Brasil, no caminho trilhado pelo STF, diante das determinações detalhistas da nossa Constituição Federal, também se percebe uma inclinação política, na medida em que, seja pela via do controle concentrado ou do difuso, faz-se o cotejo entre as leis e atos dos demais poderes e a Carta Magna. O Supremo Tribunal Federal, em temas de caráter político, não tem se omitido, o que se percebe em diversos julgados, como no que se deu o reconhecimento da inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime aos autores de

⁴⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 286: “Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era Lochner, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937)”.

⁴⁰⁸ JARDIM, Torquato Lorena. Due processo of law e a proteção das liberdades individuais. Ref. *Inf. Legisl.*, Brasília, e. 19 n. 74, abr/jun 1982. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181374.pdf?sequence=3>. Acesso em: 16 abr. 2019.

⁴⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 135.679/PE*. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 14 set. 2016. *DJE* 16 set. 2016.

⁴¹⁰ FELONIUK, Wagner Silveira. A política e a Suprema Corte dos Estados Unidos. *Revista de Teorias e Filosofias do Estado*. Publicação eletrônica, v. 01, n. 01, 2015. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistateoriasfilosofias/article/view/770>. Acesso em: 17 abr. 2019. p. 7.

crimes hediondos.⁴¹¹ São várias as decisões em que o STF decidiu temas que contaram com o beneplácito da sociedade, temas que não tiveram o mesmo empenho por parte dos demais poderes.

Em vários julgados, inclusive o Supremo Tribunal Federal, rememoram decisões da Corte Americana, seja sob a presidência de Warren ou dos *Justices* subsequentes. Ao tratar o Supremo Tribunal Federal do tema de perda de mandato parlamentar, do precedente *Baker v. Carr* de 1962, que discutira questões eleitorais (*one man, one vote*).⁴¹² Analisando a questão da imunidade relativas dos Estados soberanos, citou a mudança de entendimento que se dera na Suprema Corte na década de 1950, quando a Corte modificou seu entendimento anterior que vigorava desde 1812, com o *Schooner Exchange v. McFaddon*.⁴¹³ Ao se pronunciar sobre editais que impediam o acesso a cargo público de pessoas tatuadas, o STF citou o precedente da Corte norte-americana *Miller vs. Califórnia* de 1973.⁴¹⁴

Na Índia o Poder Judiciário tem se afirmado como protetor da Constituição e tem exercido de forma abrangente o controle dos poderes Legislativo e Executivo,⁴¹⁵ analisando inclusive emendas constitucionais.⁴¹⁶ Também há naquele país a dicotomia em se exigir da

⁴¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 82.959/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 23 fev. 2011. *DJE* 28 fev. 2011.

⁴¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 34.064/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 2 ago. 2018. *DJE* 6 ago. 2018.

⁴¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 120.598/DF*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 24 mar. 2015. *DJE* 8 abr. 2015.

⁴¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 898450/SP*. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 17 ago. 2016. *DJE* 31 maio 2017.

⁴¹⁵ BALAKRISHNAN, Konakuppakatil Gopinathan. *A prática do controle de constitucionalidade nos dias de hoje*. Palestra no Supremo Tribunal Federal. Ago. 2008. Disponível em: http://www.SupremoTribunalFederal.jus.br/repositorio/cms/portalSupremoTribunalFederalInternacional/portalSupremoTribunalFederalSobreCorte_pt_br/anexo/A_pratica_do_Controlde_Constitucionalidade_nos_dias_de_hoje.pdf. Acesso em: 16 abr. 2019: “O art. 21 determina que nenhuma pessoa será privada de vida ou liberdade pessoal exceto de acordo com um ‘processo estabelecido por lei’. A abrangência da proteção prevista no art. 21 tem sido gradualmente ampliada pela Corte Suprema da Índia e mais para o fim deste pronunciamento darei alguns exemplos desse fato. O art. 22 protege os cidadãos contra detenção ilegal e estabelece salvaguardas em casos de ‘prisão preventiva’ pelo Estado. Os Artigos 23 e 24 também são direcionados para indivíduos. O art. 23 proíbe o tráfico de seres humanos e outras formas de trabalho forçado enquanto o art. 24 proíbe o emprego de crianças menores de 14 anos em fábricas, minas e outros tipos de atividades perigosas. Os Artigos 25 a 30 constituem as ‘garantias religiosas’. Liberdade de religião, liberdade de consciência e livre profissão, prática e disseminação da religião, além da liberdade para que as denominações religiosas administrem seus assuntos, foram garantidas pelos Artigos 25, 26, 27 e 28 da Constituição. Também foi imposta ao Estado a obrigação de não sustentar atividades religiosas financeiramente. O art. 29 trata dos direitos que têm as minorias religiosas e lingüísticas de preservar sua cultura e sua língua, enquanto o art. 30 reconhece a liberdade das minorias religiosas para estabelecer e administrar instituições de ensino, livres da interferência estatal”.

⁴¹⁶ BAXI, Upendra. O Estado de Direito na Índia. *Sur, Revista Internacional dos Direitos Humanos*. v. 4, n.6, São Paulo, 2007. Disponível em: http://scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000100002&lang=pt. Acesso em: 19 abr. 2019.

Corte uma atuação ou contida ou mais ativa, sendo que a última tem se sobressaído.⁴¹⁷ O ativismo da Corte em política social tem coexistido com uma atuação autocontida em assuntos econômicos, incorporando vários princípios econômicos oriundos das regras de mercados.⁴¹⁸

A Índia ocupa papel de destaque na temática de direitos humanos, principalmente no que se refere a combater os resquícios da anterior dominação colonial que sofrera em relação à Inglaterra, sendo por isso a Constituição considerada como transformativa, assim como a da África do Sul e a do Brasil, eis que as três buscam superar limitações de períodos anteriores, como o racismo na África e Militarismo no Brasil.⁴¹⁹

Há inclusive ineditismo em decisões oriundas da Índia.⁴²⁰ A título de exemplo, a originalidade se percebe quando, “[...] em 2014, em um caso que se tornou bastante famoso devido ao seu ineditismo, a Suprema Corte da Índia reconheceu aos transgêneros o direito à auto-identificação de seu sexo como masculino, feminino ou ‘terceiro gênero’”,⁴²¹ também a descriminalização do homossexualismo no país, assentando-se que a discriminação com base em orientação sexual seria uma violação à liberdade de expressão⁴²² e o reconhecimento de inconstitucionalidade por ser discriminatória a proibição de entrada de mulheres em determinados templos religiosos.⁴²³

⁴¹⁷ THOMAS, Shaji; PINHEIRO, Elysângela Sousa, Alimentação como direito social na Índia e no Brasil: breve análise comparativa. In: GONSALVEZ, C; KUMAR, P.R; SRIVASTAVA, A.K. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 13, n. 101, out. 2011/jan. 2012. p. 429: “Em diversas ações, a Suprema Corte da Índia reafirmou que o direito à vida deve ser interpretado como direito à dignidade humana, que inclui o direito à alimentação e outras necessidades básicas”

⁴¹⁸ SATHE, S. P. India: From Positivism to Structuralism. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Org.). *Interpreting constitutions: a comparative study*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 262.

⁴¹⁹ NARRAIN, Arvind. *Brazil, India, South Africa: Transformative Constitutions and their Role in LGBT Struggles*. SUR (2014). Disponível em: <https://sur.conectas.org/en/brazil-india-south-africa-transformative-constitutions-and-their-role-in-lgbt-struggles/>. Acesso em: 21 abr. 2019.

⁴²⁰ BAXI, Upendra. O Estado de Direito na Índia. *Sur, Revista Internacional dos Direitos Humanos*. v. 4, n.6, São Paulo, 2007. Disponível em: http://scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000100002&lang=pt. Acesso em: 19 abr. 2019.

⁴²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro – RJ. Disponível em: <http://eds.b.ebscohost.com/eds/command/detail?vid=1&sid=4ce1eb14-243a-4efab96-ad7a264cebb4%40sessionmgr103>. Acesso em: 18 abr. 2019.

⁴²² EFE. Suprema Corte da Índia decide descriminalizar a homossexualidade no país. *Revista Exame*. 6 de abril de 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mundo/suprema-corte-da-india-decide-descriminalizar-a-homossexualidade-no-pais/>. Acesso em: 20 abr. 2019.

⁴²³ AFP. Suprema Corte indiana autoriza ingresso de mulheres em grande templo hindu. *Estado de Minas – Internacional*. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2018/09/28/interna_internacional,992511/suprema-corte-indiana-autoriza-ingresso-de-mulheres-em-grande-templo-h.shtml. Acesso em: 20 abr. 2019.

A Constituição da Índia é de 1950 e, ainda assim, já trazia em seu corpo vários princípios a assegurar a igualdade material por meio da promoção de direitos materiais, sem, entretanto, assegurar meios efetivos de garanti-los. A partir da década de 1980, vem atuando a Corte de forma a garantir a aplicabilidade e a proteção dos direitos sociais, com leituras mais generosas.⁴²⁴

O controle de constitucionalidade se dá naquele país sob a forma concentrada,⁴²⁵ e assegura aos cidadãos o direito de acionarem diretamente a Corte Suprema (direito a reparação constitucional) para buscarem coibir violação aos seus direitos fundamentais. Criou-se um sistema em que a Corte seleciona os casos que apreciará, considerando a importância do direito violado.⁴²⁶ A decisão é vinculante a todos os demais tribunais e exerce a Corte não só atribuições ligadas à Constituição, mas também aprecia temas não constitucionais afetos à legislação infraconstitucional.⁴²⁷

Além da atribuição constitucional da Suprema Corte (competência mandamental, recursal ordinária, originária, consultiva e aquelas conferidas por vários estatutos), vários tribunais superiores distribuídos nos Estados também interpretam e aplicam as normas constitucionais, além de possuírem competência mandamental, recursal, de supervisão de todas as demais cortes e tribunais em seus respectivos Estados.⁴²⁸

Na base da organização judiciária, têm-se os juízes que apreciam as mais variadas causas. Há similitudes entre casos apreciados pelas Cortes Constitucionais indiana e brasileira, como a definição de competência das unidades federadas. Em termos de diferenças, a Corte indiana também se ocupa do direito infraconstitucional, sendo que no Brasil foram

⁴²⁴ SARMENTO, Daniel. *Apud* SATHE, S. P. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Disponível em: <http://files.camolinaro.net/200000426-33a4135980/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf> Acesso em: 17 abr. 2019. p. 8.

⁴²⁵ PAES, Leila Maria Ferreira. *O controle de constitucionalidade no poder judiciário e a democracia representativa*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_racion_democ_leila_maria_paes.pdf. Acesso em: 20 abr. 2019.

⁴²⁶ FERREIRA, Ivanilda Maria Figueiredo de Lyra. *Entre garotos, intocáveis e bugres: o sistema de justiça na consolidação do paradigma de direitos fundamentais*. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RIO, 2010. Tese (Doutorado em Direito). Rio de Janeiro, 2010. p. 92-129.

⁴²⁷ BALAKRISHNAN, Konakuppakatil Gopinathan. *A prática do controle de constitucionalidade nos dias de hoje*. Palestra no Supremo Tribunal Federal. Ago. 2008. Disponível em: http://www.SupremoTribunalFederal.jus.br/repositorio/cms/portalSupremoTribunalFederalInternacional/portalSupremoTribunalFederalSobreCorte_pt_br/anexo/A_pratica_do_Controlde_de_Constitucionalidade_nos_dias_de_hoje.pdf. Acesso em: 16 abr. 2019.

⁴²⁸ Idem, *ibidem*.

criados tribunais distintos, o STF, para questões constitucionais, e o STJ e demais tribunais superiores, para trataram de temas infraconstitucionais.⁴²⁹

Em paralelo, a Corte Constitucional da África do Sul também é referência no que concerne a uma atuação neoconstitucional, notadamente em face do passado de discriminações verificadas naquele país, como o regime conhecido como *apartheid* (1948/1994).⁴³⁰ Em 1995, aboliu a Corte a pena de morte, que era aplicada, na imensa maioria dos casos, a negros.⁴³¹ Em 2002, o Tribunal “determinou que o Estado fornecesse um medicamento antirretroviral para mulheres grávidas infectadas com o HIV a fim de impedir a transmissão da doença aos seus filhos”.⁴³² A busca por igualdade é o maior objetivo do cidadão sul-africano. A África do Sul ocupa papel de destaque na temática de direitos humanos, principalmente no que se refere a combater os resquícios da anterior política de segregação racial.

A Constituição sul-africana de 1996, editada sob a passagem negociada do sistema de uma autocracia racial para uma democracia não racial (constitucionalismo de transição), tem sido objeto constante de concretização pela Corte Constitucional.⁴³³ A Constituição anterior não previa controle concentrado, sendo o Tribunal apenas uma casa de revisão para todos os assuntos inclusive constitucionais.⁴³⁴ Atualmente, pela sistemática da Suprema Corte da África do Sul, nota-se ali a existência tanto de controle difuso, quanto de controle

⁴²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *As Constituições do Brasil*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97174>. Acesso em: 4 abr. 2019.

⁴³⁰ SOUZA, Thiago Serrano Pinheiro de. O papel das cortes constitucionais brasileira e sul-africana no reconhecimento da união homoafetiva. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, IBDFAM, vol. 36. out./nov. 2013. p. 100-110.

⁴³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro – RJ. Disponível em: <http://eds.b.ebscohost.com/eds/command/detail?vid=1&sid=4ce1eb14-243a-4efab96-ad7a264cebb4%40sessionmgr103>. Acesso em: 18 abr. 2019.

⁴³² MILANEZ, Daniela. O direito a saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 237:197-221, jul./set. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44372/44822>. Acesso em: 18 abr. 2019. p. 1.

⁴³³ LEAL, Saul Tourinho. *Apud* CHRISTIANSEN, Eric C. *Ativismo judicial: as experiências brasileira e sul africana no combate à AIDS*. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19156/ativismo-judicial-as-experiencias-brasileira-e-sul-africana-no-combate-a-aids/2>. Acesso em: 17 abr. 2019.

⁴³⁴ KLUG, Heinz. South Africa: From Constitutional Promise to Social Transformation. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Org.). *Interpreting Constitutions: a comparative study*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 265.

concentrado.⁴³⁵ Também se evidencia por lá uma discricionariedade para a escolha dos temas que serão apreciados, quando se está diante do controle difuso de constitucionalidade.⁴³⁶

A Constituição prevê quatro conjuntos de princípios específicos, governo cooperativo, relações governamentais, estabilidade governamental que dão suporte à democracia constitucional e princípios básicos de administração pública.⁴³⁷ Ela traz uma lista de direitos fundamentais que podem ser limitados por meio de uma cláusula geral.⁴³⁸

Há previsão de uma cláusula chamada de “realização progressiva”, transferindo para o Poder Judiciário a atribuição de controle das políticas públicas.⁴³⁹ A Jurisdição Constitucional tenta estabelecer um nível mínimo de obrigações sociais a serem implementadas pelo Estado, entendendo a Corte que, “como a Constituição exige que o Estado adote medidas razoáveis para realizar o mínimo essencial dessas obrigações internacionais, esse assunto há de ser desenvolvido em conjunto com o Poder Executivo”.⁴⁴⁰

Essa implementação gradual dos direitos sociais vem sendo referência principalmente por considerar os recursos disponíveis, o que demonstra uma consciência e evita decisões proferidas e que não possuem possibilidade de aplicação concreta ou mesmo as que possam

⁴³⁵ SAMPAIO, Karinne Fontenele. O controle e a implementação do direito à saúde: a jurisprudência da África do Sul. *Revista Constituição e Garantia de Direitos*. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/download/12255/8484/>. Acesso em: 20 de abr. 2019.

⁴³⁶ TAVARES FILHO, Newton. Tribunais Constitucionais. *Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados*. fev. 2009. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1571/tribunais_constitucionais_tavares.pdf?sequence=4. Acesso em: 20 abr. 2019.

⁴³⁷ KLUG, Heinz. South Africa: From Constitutional Promise to Social Transformation. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Org.). *Interpreting Constitutions: a comparative study*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 297-298

⁴³⁸ COSTA NETO, João. A Corte Constitucional sul-africana e os direitos fundamentais: um paradigma a ser seguido? *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 7, n. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/934/642>. Acesso em: 20 abr. 2019.

⁴³⁹ ALMEIDA, Rúbia Chassot de; RIGUETTO, Luiz Eduardo Cleto. *Apud VALLE, Vanice Regina Lirio; HUNGRIA, Ana*. A subjetividade dos direitos sociais prestacionais: um diálogo com a corte Sul-africana. *Juris Poiesis: Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*. Rio de Janeiro, ano 16, n. 16, jan-dez, p. 98: “A atividade hermenêutica tem por objeto, não um preceito constitucional em si, mas o sistema constitucional como um todo – nesses termos, as sucessivas decisões judiciais implementam uma dinâmica dialógica com as outras esferas de poder, afim de conhecer as agendas, prioridades e possibilidades de implementação destes direitos. A partir deste intercâmbio, é possível alinhar-se a Corte com uma matriz de controle que tem por objeto a fundamentação da escolha administrativa e a sua aptidão para estabelecer um adequado padrão de prioridades. Tem-se desta feita, a possibilidade de real efetivação destes direitos a partir da exigência e monitorando do comprometimento dos entes públicos, de maneira a atingir o maior número de beneficiados possível”.

⁴⁴⁰ STRAPAZZON, Carlos Luiz; TRAMONTINA, Robison. Direitos fundamentais sociais em cortes constitucionais: o caso Grootboom – tradução e comentários. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 17, n. 1, p. 288, 2016.

trazer efeitos contrários ao desejado, o que se convém chamar de constitucionalismo construtivo.⁴⁴¹

Além da determinação de extinção da pena de morte, também podem ser citados outros julgados relevantes da Corte sul-africana sobre: 1) liberdade de expressão, destaca-se julgado que reformou condenação de indivíduos que estavam na posse de vídeos pornográficos, em face da liberdade de expressão (*Case v. Minister of Safety and Security*); 2) liberdade religiosa, em que não garantiu a um bacharel em direito condenado anteriormente por posse de maconha a se tornar advogado pela South African Law Society, sendo que o argumento do candidato a causídico o de que o uso de maconha seria decorrente de sua religião; 3) direito à saúde, em que se analisou a reserva do possível em face de determinações de tratamento de diálise; 4) igualdade de gêneros, em que se entendeu inconstitucional uma lei que conferia benefícios a estrangeiros casados com sul-africanos, em relações heteroafetivas apenas.⁴⁴²

Considerando as similitudes e diferenças entre a Constituição brasileira e a sul-africana, temos que ambas possuem constituições recentes (Brasil em 1988 e África do Sul em 1996). Em face do histórico anterior possuem um caráter transformativo, que busca se depreender dos regimes anteriores, *Apartheid*, no caso da África Sul e ditadura no Brasil, sendo reconhecidos em ambas diversos direitos de natureza social, a serem garantidos pelos sistemas judiciais.⁴⁴³ Também podemos citar alguns julgados em que o STF fez expressamente referência a julgados sul-africano, como o precedente *Government of the*

⁴⁴¹ VALLE, Vanice Regina Lírio; HUNGRIA, Ana Luiza Hadju. Implementação gradual de direitos socioeconômicos: construtivismo constitucional na Corte Constitucional sul-africana. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, p. 228-229, jul./dez. 2012: “Em posição intermediária, o sistema constitucional da África do Sul inaugurou um novo olhar sobre a questão, através da inclusão de um expressivo rol de direitos sociais, cuja justiciabilidade vem sendo reconhecida pela Corte Constitucional, qualificada, todavia, pelo signo da implementação gradual. Essa cláusula encontra inspiração no texto do ICESCR – Tratado Internacional de Direitos Socioeconômicos adotado pela ONU em 1966, que no seu art. 2.1 condiciona os direitos sociais ali positivados a uma reserva de *progressive realization*, impondo aos signatários ‘a obrigação de tomar medidas [...] até o máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a plena realização dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados’”.

⁴⁴² COSTA NETO, João. A Corte Constitucional sul-africana e os direitos fundamentais: um paradigma a ser seguido? *Observatório da Jurisdição Constitucional*, ano 7, n. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/934/642>. Acesso em: 20 abr. 2019

⁴⁴³ VILHENA, Oscar; BAXI, Upendra; VILJOEN, Frans. *Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa*. Pretoria University Law Press. 2013. Disponível em: <http://www.pulp.up.ac.za/edited-collections/transformational-constitutionalism-comparing-the-apex-courts-of-brazil-india-and-south-africa>. Acesso em: 21 abr. 2019.

Republic of South Africa v. Grootboom, no qual se reconheceu que o direito à moradia impõe condicionantes às ordens de despejo.⁴⁴⁴

Em Portugal, seu Tribunal Constitucional, órgão incumbido da guarda, defesa e interpretação da Carta Política da República Portuguesa, tem contribuído para a percepção de que, para além de se garantir o mínimo existencial, o Estado deve providenciar um conjunto de garantias materiais para uma vida digna, por meio de prestações de direito material.⁴⁴⁵ O sistema de controle de constitucionalidade português pode ser considerado misto.⁴⁴⁶

Há em Portugal a previsão do controle concentrado de constitucionalidade, que traz rol restrito dos legitimados a suscitar a inconstitucionalidade, além de um número também menor dos instrumentos aptos a suscitar o debate na Corte Constitucional,⁴⁴⁷ podendo tornar nula uma norma inconstitucional aprovada pelo parlamento,⁴⁴⁸ seguindo o Tribunal Constitucional português o modelo Kelseniano.⁴⁴⁹

Quanto à constitucionalidade, assim como no Brasil, a Constituição portuguesa não traz determinações específicas sobre as medidas a serem tomadas caso se reconheçam as omissões dos demais poderes. Em Portugal o efeito é meramente noticiar a omissão ao poder competente para saná-la.⁴⁵⁰ No controle difuso, o Tribunal Constitucional não julga a causa. Analisa a constitucionalidade e devolve ao tribunal de origem para a apreciação de mérito

⁴⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 1017664/DF*. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em: 25 out. 2019. *DJE* 5 nov.2019.

⁴⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. p. 123-124.

⁴⁴⁶ USTÁRROZ, Elisa. A fiscalização de constitucionalidade em Portugal. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2346. Acesso em: 21 abr. 2019.

⁴⁴⁷ LELIS, Rafael Carrano. Controle de constitucionalidade, ativismo judicial e ameaças à legitimidade democrática: uma análise comparada entre Brasil e Portugal. *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena*, v. 22, n. 1, p. 71, 2017.

⁴⁴⁸ TOMIO, Fabricio Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Controle abstrato e concentrado de constitucionalidade comparado (Brasil, Portugal e Angola) e seus efeitos nas instituições sociais e jurídicas. *Revista História: Debates e Tendências*, v. 15, n. 1, 2015. p. 188.

⁴⁴⁹ COELHO, Claudio Carneiro Bezerra Pinto. O “novo” constitucionalismo em tempos de austeridade fiscal e o papel das Cortes Constitucionais no Brasil e em Portugal. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, v. 12, n. 2, p. 71-72, jul./dez. 2018.

⁴⁵⁰ SEIXAS, Bernardo Silva de; SOUZA, Roberta Kelly Silva. *O controle concentrado de constitucionalidade por omissão no Brasil e em Portugal*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a2249681547227a5>. Acesso em: 21 abr. 2019.

(sistema cassatório mitigado). Não se trata de um tribunal de revisão de sentenças, não analisando, por isso, situações de fatos e provas.⁴⁵¹

Tradicionalmente, percebe-se do Poder Judiciário português uma atuação mais autocontida em relação à atuação dos demais poderes.⁴⁵² Mas também ali, por meio dos controles concentrado e difuso, podem-se fixar a inconstitucionalidade de uma norma com força de obrigatoriedade geral.⁴⁵³

A título de exemplo, já analisou a Corte a questão do casamento homoafetivo como constitucional⁴⁵⁴ e a possibilidade de interrupção voluntária da gravidez, deixando, entretanto, ao Legislativo, a competência de decidir sobre o tema.⁴⁵⁵ E no Brasil alguns precedentes do STF citaram a jurisprudência do Tribunal Português, como se dera no julgado sobre a restrição do foro por prerrogativa de função, onde se analisou a situação de Portugal em que se exige para a verificação do foro que o ato tenha conexão com o cargo ou mandato.⁴⁵⁶ Também, a Corte brasileira fez a análise comparada ao sistema luso, em sede de Decisão Monocrática, ao analisar o pedido de medida cautelar em mandado de segurança, referente ao reconhecimento de limitações à liberdade de expressão dos titulares de cargo e membros de Poder em redes sociais.⁴⁵⁷

⁴⁵¹ FALCÃO, Paula Margarida Tavares. *Sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal*. Faculdade de Direito da Universidade Católica. Escola de Lisboa. Mestrado. 2013. Disponível em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/15245/1/Tese_indice_v03.pdf. Acesso em: 21 abr. 2019.

⁴⁵² SÉLLOS, Viviane; KNOERR, Fernando Gustavo. O estado prestador de serviços e o controle judicial: um estudo comparativo entre Brasil e Portugal. *Revista Brasileira de Direito*, v. 13, n. 3, p. 561-562, 2017: “[...] a experiência brasileira contrasta nitidamente a portuguesa, pois a tradição do Direito Português faz com que magistrados tenham mais presente a importância de certas conquistas históricas liberais, tal como a separação de poderes, sendo por isso muito precavidos no controle e principalmente no ingresso em exercício de atribuições de outras funções estatais, entrevendo-se uma definição mais clara e rígida da atuação de cada função do Estado que coloca em constante controvérsia a extensão do direito de criação judicial.”

⁴⁵³ MACHADO, Joana de Souza. *Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2008. 130 f. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077037.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2018. p. 102.

⁴⁵⁴ Tribunal Constitucional declara que o casamento entre homossexuais não viola a Constituição. Observatório das Desigualdades. Disponível em: <http://observatorio-das-desigualdades.cies.iscte.pt/index.jsp?page=news&id=96>. Acesso em: 20 abr. 2019.

⁴⁵⁵ LOURENÇO, Nuno Sá. Tribunal Constitucional rejeita inconstitucionalidade da lei do aborto. *Jornal Público*. Fev. 2010. Disponível em: <https://www.publico.pt/2010/02/27/jornal/tribunal-constitucional-rejeita-inconstitucionalidade-da-lei-do-aborto-18887683>. Acesso em: 20 abr. 2019.

⁴⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 1182812/RS*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 23 ago. 2019. *DJE* 3 set. 2019.

⁴⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 35.793/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em: 4 set. 2018. *DJE* 5 set. 2018.

Na Espanha, compreende-se que Tribunal Constitucional permite a compreensão de que o princípio da eficácia deve nortear a atuação da administração pública, respeitando-se, entretanto, os direitos e garantias fundamentais.⁴⁵⁸ No entanto, em termos de eficiência do próprio Poder Judiciário espanhol, notadamente no que se refere a sua independência, a percepção por lá não é das melhores. Em pesquisas ali realizadas, nota-se que, enquanto por aqui os debates dão destaque à influência do Poder Judiciário nos demais poderes, por lá o que preocupa é a influência exercida pelos demais poderes sobre o Poder Judiciário.⁴⁵⁹

Adota a Constituição Espanhola o controle concentrado de constitucionalidade. A jurisdição ordinária tem papel diferenciado no que se refere à interpretação e aplicação constitucional, o que evidencia divisão de forças entre a Corte e os juízos comuns.⁴⁶⁰ Ponto de destaque e de críticas é a possibilidade de sigilo que envolve os fundamentos das decisões constitucionais da Corte. Souza destaca que “[...] vigora a regra da publicidade do resultado do julgamento e da tese vencedora, mantendo-se as deliberações sob sigilo, ao argumento de resguardo da independência e da unidade do órgão”.⁴⁶¹

A Corte também tem a missão de análise de decisões que podem ser consideradas ativistas, sendo um caso de destaque a eventual responsabilidade penal de pais que, por serem testemunhas de Jeová, não permitiram que o filho se submetesse à transfusão de sangue, conduta proibida pela religião. Nesse caso, o Supremo Tribunal Constitucional Espanhol decidiu pela absolvição dos pais, no que tange à prática de crime de homicídio por omissão.⁴⁶²

⁴⁵⁸ ALCANTARA, Christian Mendez. Os princípios constitucionais da eficiência e eficácia da administração pública: estudo comparativo Brasil e Espanha. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 45, ago.-dez. 2009.

⁴⁵⁹ CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Como se guardam os guardas? Limites institucionais à independência judicial no Brasil e na Espanha. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 4, n. 2, p. 118-119, 2017. Frisa-se que, naquele país foi realizado um mapeamento do índice de percepção da independência judicial (2017) e, entre 28 países comparados, a Espanha ocupou o 26º lugar: “Apenas cerca de 3% dos entrevistados afirmaram que juízes e Cortes gozam de plena independência. Aproximadamente 27% acredita ser aceitável o grau de independência existente, número muito inferior aos cerca de 59% que o consideram baixo ou muito baixo. A principal causa do déficit de independência judicial segundo o *survey* é a interferência do governo e dos políticos (cerca de 48%), seguida da pressão de grupos econômicos ou de outros interesses e pela opinião dos que consideram insuficiente posição ou status dos juízes para que se lhes dê a independência desejada”.

⁴⁶⁰ SANTIAGO, Marcus Firmino; ASSIS CALSING, Renata de; SANTOS, Júlio Edstron S. A expansão da jurisdição constitucional pela via difusa: um estudo das experiências de Espanha e Itália. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, v. 10, n. 1, p. 232, jan./jun. 2015.

⁴⁶¹ SOUZA, Raphael Ramos Monteiro de. Cortes Constitucionais e a publicidade das deliberações: um panorama Brasil-Espanha. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – FA Belo Horizonte, ano 11, n. 124, jun. 2011. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/16027825.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2019.

⁴⁶² CALSING, Renata de Assis; SANTOS, Julio Estron; SANTOS, Carolina Costa. O estado laico na atualidade: uma análise comparativa da laicidade nos ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol. *Revista Brasileira de Direito*, v. 13, n. 2, p. 381, 2017.

Também atua o Tribunal espanhol no confronto entre os tratados internacionais decorrentes do processo de integração que se têm na Europa, fazendo o controle de constitucionalidade prévio dos tratados internacionais.⁴⁶³

A Corte Constitucional do Brasil, em várias oportunidades, já citou paradigmas espanhóis, como o fizera em relação à necessidade de respeito à coisa julgada,⁴⁶⁴ à necessidade de modulação de efeitos em algumas decisões, com o objetivo de garantir a segurança jurídica,⁴⁶⁵ bem como sobre a natureza dos Comitês de Direitos Humanos e força de suas decisões.⁴⁶⁶

Seguindo o fluxo de protagonismo mundial dos tribunais constitucionais a partir de 1980, o que se dera, por exemplo, em países do Leste Europeu, África do Sul, Rússia, Coreia do Sul, Hungria, também na Colômbia o movimento se verificou, tendo se reconhecido o papel da Corte Constitucional como agente de promoção de mudanças sociais.⁴⁶⁷

A Corte Constitucional colombiana valoriza os precedentes, como forma de se garantir a equidade com base na lógica dos argumentos em detrimento da barganha política.⁴⁶⁸ Com a Constituição Política de 1991, percebe-se a existência de um sistema misto de controle jurisdicional de constitucionalidade, sendo que tanto a Suprema Corte quanto o Conselho de

⁴⁶³ CABRAL, Lina Marie. *Em direção ao estado constitucional cooperativo: uma análise comparativa da abertura constitucional à dimensão internacional no Brasil e na Espanha*. Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2011. p. 26.

⁴⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 363889/DF*. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 2 jun. 2011. *DJE* 16 dez. 2011.

⁴⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.240/BA*. Relator: Min. Eros Grau. Julgado em: 9 maio 2007. *DJE* 17 maio 2007.

⁴⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 1159797/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado em: 04 out. 2018. Disponível em: <http://portal.SupremoTribunalFederal.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5542803>. Acesso em: 22 abr. 2019: “Do ponto de vista formal, (i) o Comitê de Direitos Humanos é órgão administrativo, sem competência jurisdicional, de modo que suas recomendações não têm caráter vinculante; (ii) o Primeiro Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional, que legitimaria a atuação do Comitê, não está em vigor na ordem interna brasileira; (iii) não foram esgotados os recursos internos disponíveis, o que é requisito de admissibilidade da própria comunicação individual; (iv) a medida cautelar foi concedida sem a prévia oitiva do Estado brasileiro e por apenas dois dos 18 membros do Comitê, em decisão desprovida de fundamentação. No mesmo sentido, há precedente do Supremo Tribunal de Espanha que, em caso semelhante, não observou medida cautelar do mesmo Comitê, por entender que tais medidas não possuem efeito vinculante, apesar de servirem como referência interpretativa para o Poder Judiciário. O Tribunal espanhol afirmou, ainda, que, no caso de medidas cautelares, até mesmo a função de orientação interpretativa é limitada, sobretudo quando as medidas são adotadas sem o contraditório”.

⁴⁶⁷ VIEIRA, José Ribas. Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. *Estação Científica*, Juiz de Fora: Ed. Especial Direito, v. 1, n. 4, p. 134, out.-nov. 2009. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/4302/artigo-3-revisado.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2018.

⁴⁶⁸ CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Cortes supremas e sociedade civil na América Latina: estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia*. 2012. Universidade de São Paulo. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-16052013-162225/en.php>. Acesso em: 17 abr. 2019. p. 45.

Estado atuam na jurisdição constitucional, e os decretos estatais possuem sua constitucionalidade por este último.⁴⁶⁹

Assim, demonstra-se uma particularidade interessante: qualquer cidadão pode provocar diretamente o controle concentrado de constitucionalidade por meio da *acción pública de inconstitucionalidad*. A atuação democrática do Poder Judiciário também pode ser evidenciada na possibilidade de qualquer juiz convocar audiência pública para fins de aumentar o debate e fornecer mais elementos ao juiz para a decisão da causa.⁴⁷⁰

Também tem enfrentado a Corte de forma reiterada as questões indígenas.⁴⁷¹ Há na Constituição uma previsão extensa e expressa de direitos fundamentais, dotados de eficácia imediata.

Outro ponto marcante é que o texto constitucional colombiano também traz que se deve ter prioridade na prestação dos direitos fundamentais quando a parte envolvida é discriminada ou marginalizada, caracterizando, assim, um estado de manifesta vulnerabilidade.⁴⁷² Também há um prestígio em relação aos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, aplicados inclusive quando não há previsão semelhante na Constituição. Isso ocorre tendo em vista que esta possui em seu corpo várias referências aos Direitos Humanos e ao Direito Internacional.⁴⁷³ Percebe-se também uma atuação progressista por parte da Suprema Corte, sendo que, “em diversas declarações e ocasiões, a Corte tem manifestado expressamente a obrigação do governo em garantir os direitos sociais de determinados setores da população, implicando uma intervenção nas políticas sociais e econômicas do Estado”.⁴⁷⁴

⁴⁶⁹ SILVA, Paulo Maycon Costa da. Jurisdição constitucional na Colômbia e o poder político do cidadão diante da Corte Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 203, jul./set. 2014. Disponível em https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n203_p185.pdf Acesso em: 17 abr. 2019. p. 190.

⁴⁷⁰ Idem, p. 200.

⁴⁷¹ ROJAS GARZÓN, Biviany. *Os direitos constitucionais dos povos indígenas no Judiciário: entre o direito falado e o direito escrito: uma perspectiva comparada do Brasil e da Colômbia*. Brasília: UnB, 2008. p. 105.

⁴⁷² VALLE, Vanice Regina Lírio do; GOUVÊA, Carina Barbosa, Direito à moradia no Brasil e na Colômbia: Uma perspectiva comparativa em favor de um construtivismo judicial. In: DOMINGOS, Terezinha de Oliveira; MIELKE, Jaqueline; FERRI, Caroline (Orgs.). *XXIII Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 228.

⁴⁷³ MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía. A recepção dos Tratados de Direitos Humanos pelos Tribunais nacionais: sentenças paradigmáticas de Colômbia, Argentina e Brasil. In: *O Cumprimento das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 113.

⁴⁷⁴ RUSCHEINSKY, Aloisio. Riscos sociais dos deslocados na Colômbia: Condição e processo na violência política. *Dilemas-Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 9, n. 1, 2017. Disponível em: <https://revistas.ufjf.br/index.php/dilemas/article/view/7676> Acesso em: 17 abr. 2019. p. 154.

A considerar a sociedade complexa e um Estado Constitucional Comunitário, o estudo de outras realidades constitucionais transformou-se em caminho obrigatório, principalmente pela evidência axiomática que o neoconstitucionalismo tem se mostrado como uma realidade mundial e, que, dessa nova postura constitucional, decorre o ativismo constitucional, que em matéria de políticas públicas revelará o ativismo democrático-constutivo, como forma de concretização dessas políticas, especialmente em razão das crises institucionais que o país enfrenta.

CAPÍTULO 3. ATIVISMO DEMOCRÁTICO-CONSTRUTIVO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Para atingir a compreensão do termo defendido nesta tese, do ativismo democrático-construtivo, especificamente nas políticas públicas, faz-se necessário avivar, mesmo que de forma sintética, a expressão do Estado de Direitos Fundamentais⁴⁷⁵ (significado não unívoco) e a expressão ativismo constitucional. O ativismo constitucional está inserido na dinâmica da teoria do Estado Constitucional.

Trata-se de Estado inteiramente comprometido com a dogmática dos direitos fundamentais; que busca sair da Teoria Clássica e (inicialmente) estática da Separação dos Poderes e propõe interações entre as funções dos Poderes do Estado.⁴⁷⁶ Interessante pontuar que nessa esfera de Estado de Direitos Fundamentais, Perez Luño ensina que a transformação do Estado de Direito para o Estado Constitucional foi resultado de um processo de atribuição de qualidade ao citado Estado Constitucional por atribuição de determinados rótulos por aqueles que detêm o controle social ou poderes jurídicos.⁴⁷⁷ Entretanto, “[...] para não ser incoerente com o que tenho defendido academicamente, que não concordo com a afirmação de que há uma passagem ou evolução de um para o outro. São modelos diferentes e sustentáveis que convivem soberanamente no século XXI”.⁴⁷⁸

Em relação ao Estado de Direitos Fundamentais, ele tem seu alicerce nos direitos fundamentais, o que vem deslocando o paradigma da repartição de competências para o eixo da hermenêutica e efetivação dos mencionados direitos. Pode-se dizer inclusive que o próprio direito objetivo vira-se a dogmática dos direitos fundamentais. Novamente, não se trata de

⁴⁷⁵ Expressão utilizada por Christine Oliveira Peter, Paulo Otero, Willis Santiago Guerra Filho. PETER, Chistine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015; OTERO, Paulo. A crise do Estado de direitos fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva.; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos (Org.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo:Saraiva, 2005; GUERRA FILHO, Wills Santiago. *O Estado democrático de direito como Estado de direitos fundamentais com múltiplas dimensões*. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300807.pdf> Acesso em: 20 de maio de 2019.

⁴⁷⁶ PETER, Chistine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, p. 64, Número Especial, 2015.

⁴⁷⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá, Colombia: Universidad del Externado de Colombia, 2002. p. 60.

⁴⁷⁸ PETER, Chistine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, p. 66, Número Especial, 2015.

rupturas de padrões, mas, sim, de uma recomposição dos institutos. O princípio da legalidade, a separação dos Poderes e a dogmática dos direitos fundamentais como direitos subjetivos.⁴⁷⁹

De forma diversa, mas complementar à classificação do ativismo constitucional,⁴⁸⁰ o ativismo democrático-constutivo somente pode ser realizado pelo Poder Judiciário, mais precisamente, pela Suprema Corte Constitucional, pois é dela o dever de guarda e zelo da Constituição. Assim, da mesma forma que a conceituação do ativismo constitucional buscou "[...] sair do lugar comum que o tema tem sido tratado, tentando converter as práticas ativistas em razão, postura e atitude constitucionais [...]",⁴⁸¹ a presente tese também busca inovar na apresentação de um ativismo necessário e inevitável na seara das políticas públicas, denominado como ativismo democrático-constutivo.

Assim, o ativismo constitucional, protagonizado pelos diversos Poderes Estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário), bem como pelos agentes quase estatais ou não estatais, seria como o gênero das várias espécies de ativismo, sendo o judicial como parte integrante dos demais ativismos. E, inserido no ativismo judicial – gênero (praticado pelo Judiciário), estaria o ativismo democrático-constutivo como uma espécie ao lado do ativismo judicial *stricto sensu*, todos no universo do ativismo constitucional, que se consolida como fruto da sociedade atual e resposta às crises institucionais dos Poderes, especialmente o Legislativo e o Executivo.

De qualquer sorte, o ativismo constitucional, como um todo (nele englobando suas espécies) pode ser visualizado como um instrumento de avanços sociais e promoção da reforma da sociedade. Nesse raciocínio, há entendimentos de que a transformação almejada não se encontra de forma clara e nem mesmo representaria a maioria da sociedade. Os argumentos são muitos. Inclusive de que a cada caso, o critério de decisão se ajustaria às preferências estratégicas do intérprete, independentemente da vinculação ao direito positivado.⁴⁸²

⁴⁷⁹ PETER, Chistine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, p. 65, Número Especial, 2015.

⁴⁸⁰ Idem, p. 62-87.

⁴⁸¹ Idem, p. 63.

⁴⁸² GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Área do Direito do Estado, Subárea Direito Constitucional, São Paulo, 2012.

Seria como se de uma caixa, com diversos princípios e valores constitucionalmente defendidos, o intérprete pudesse escolher aleatoriamente (ou pior, conforme suas convicções e interesses particulares), os rumos da sociedade. O que não se pondera nessa interpretação é que a transformação da sociedade já ocorreu quando o litígio foi apresentado ao Judiciário. Em outras palavras, se a questão já está nas “mãos” do Poder Judiciário é porque a sociedade (mesmo que seja uma parte dela) já provoca e anseia respostas acerca de questões, que o direito, em épocas anteriores, não precisava responder.

Tais questões (excluídas pelo “pensar” do Direito) seja pela falta de acesso à justiça ou por diversas razões, como tecnológicas, por exemplo, fazia com que estes pontos específicos não existissem na comunidade, como foi o caso da decisão quanto à utilização das células-tronco. Essas ocorrências são verificadas em diversas esferas, mas principalmente na questão das políticas públicas. Isso porque, o que antes não se precisava, hoje já se compreende e percebe a necessidade.

Logo, o Supremo Tribunal Federal, como garantidor da Constituição, age mediante provocação social e realiza a leitura da Constituição Federal, sob o prisma da nova realidade social instalada nestes tempos. Ou seja, a sociedade não caminha aos direcionamentos das decisões judiciais, mas, ao contrário, as decisões judiciais norteiam-se pelos anseios sociais em conjunto com as normativas da Constituição Federal.

Frisa-se elucidar que o ativismo democrático-constutivo nas políticas públicas vai de encontro ao ativismo explicitado por Jorge Galvão,⁴⁸³ aquele que, fundamentado no neoconstitucionalismo, afasta as normas jurídicas, invocando os princípios como o da proporcionalidade e coloca em xeque toda a validade do ordenamento jurídico, pois estariam em constantes questionamentos quanto à validade desse ordenamento.

O que, por certo, traz insegurança jurídica. Esse ativismo, citado por Galvão, entende-se como ativismo judicial, *strito sensu*, sem imbuí-lo de qualificações. Porém, ambos os ativismos judiciais (sentido estrito ou o democrático-constutivo) tem seu nascedouro em causas institucionais do Estado, vez que reportam à ineficiência dos poderes em suas atuações. Em outras palavras, por deficiência no fazer ou normatizar a concretização da

⁴⁸³ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Área do Direito do Estado, Subárea Direito Constitucional, São Paulo, 2012.

sociedade democrática desenhada pela Constituição Federal de 1988,⁴⁸⁴ cedendo espaço para que se encontrem caminhos a fim de entregar (ou mesmo tentar entregar) o bem da vida tutelado pela sociedade. Decorre também da competência normativa (poder de editar súmulas vinculantes, por exemplo) do Supremo Tribunal Federal, que não confronta com o princípio da Separação dos Poderes, mas traz certa tensão, não o fortalecendo.⁴⁸⁵

O ativismo judicial democrático-constutivo decorre da interpretação constitucional em matéria de políticas públicas, praticada pelo Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição. Nessa interpretação deve-se resgatar a hierarquia das normas em que os conceitos constitucionais são dotados de cunho valorativo, com certa elasticidade interpretativa, cabendo ao intérprete das normas orientar a melhor interpretação ao caso concreto.

Observe-se que, mesmo com certa abertura para interpretação do texto projetado pela norma, sempre haverá limites ao Judiciário. Inicialmente pela própria interpretação literária do texto e, “[...] pela metodologia exegética, compreendendo os seus múltiplos elementos, de cuja ponderação, à luz das circunstâncias do caso concreto (não necessariamente um conflito intersubjetivo), resulta a delimitação do espaço de interpretação disponível ao aplicador”.⁴⁸⁶

Muito embora, há quem defenda que a existência do ativismo judicial já demonstra uma equivocada maneira de se concretizar a Constituição democrática, pois entende que esta postura atribui ao povo um papel secundário, o ativismo democrático-constutivo em matéria de políticas públicas, aqui proposto, considera as legalidades e respeita o Estado Democrático de Direito. Isso porque, não se defendem os extremismos, pois qualquer teoria e conduta levada aos extremos podem aniquilar as demais ideias, especialmente o Estado de Direito, que visa garantir a própria dignidade dos cidadãos.⁴⁸⁷

O ativismo democrático construtivo apresenta-se como manifestação necessária e inevitável do Estado Democrático de Direito no que se refere à implementação de políticas públicas, ou seja, tem-se aqui um recorte específico de atuação e condições de manifestação,

⁴⁸⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 314.

⁴⁸⁵ Idem, p. 314.

⁴⁸⁶ Idem, p. 308-310.

⁴⁸⁷ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Área do Direito do Estado, Subárea Direito Constitucional, São Paulo, 2012.

posto que se restringe às políticas públicas e num ambiente democrático, constitucional por sua natureza.

Assim, não se acredita que somente pelo caminho de um

[...] positivismo renovado e reflexivo, apto a integrar as três dimensões básicas do fenômeno jurídico, e adaptado a peculiaridade existente na interpretação-aplicação de normas constitucionais, está em condições de propiciar o ajuste ótimo entre a criticidade inerente à jurisdição constitucional e o indispensável acatamento aos princípios do Estado de Direito [...].⁴⁸⁸

Por certo que o Estado que atravessa intensa crise institucional e busca o fortalecimento da Constituição (especialmente por seu sistema valorativo) caminha por tempos de amadurecimento de teorias e práticas a fim de melhor instrumentalizar o sistema democrático vigente. E, nesse sentido, contrariedades aos pensamentos de qual melhor conduta prática neste momento desafiador, onde existem direitos e necessidades, mas há falhas na normatividade e/ou concretização das políticas públicas a todos da sociedade. Portanto, enquanto isso, não se pacificam os saberes da “[...] construção de instituições que permitam o triunfo de um governo que se faça não apenas em benefício do povo, mas com sua participação decisiva [...]”,⁴⁸⁹ de forma direta ou indiretamente, por representantes políticos, o Ativismo judicial democrático-constitutivo preenche as lacunas e garante os direitos fundamentais à população, em relação às políticas públicas e ao encontro dos anseios constitucionais.

Assim, mesmo que, de certa forma insuficiente, mas as decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria das políticas públicas têm sido necessárias para a efetivação dos Direitos Fundamentais no Estado atual.⁴⁹⁰ É claro que a Suprema Corte não é onipotente e nem onipresente em todas as questões de interesse da sociedade. Mas, como dito, na esfera da formulação das políticas públicas, o Supremo deve (e tem exercido) o seu papel de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais.⁴⁹¹

⁴⁸⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 316.

⁴⁸⁹ Idem, p. 316-317.

⁴⁹⁰ BARCELLOS, Ana Paula. Direitos fundamentais, políticas públicas, informação e desigualdade. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da et al. (Coord.). *Constitucionalismo feminista*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 197.

⁴⁹¹ MENDES, Gilmar. Igualdade e liberdade no direito. Discurso proferido em 17 de novembro de 2008, na Universidade da Alemanha. *Apud* LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 103.

3.1 POLÍTICA E DIREITO: CONCEITO JURÍDICO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E OS PARÂMETROS PARA SUA ESCOLHA

As nítidas e essenciais relações entre o direito e a política não os transforma na mesma substância, mas com certeza são partes do mesmo alforje⁴⁹² chamado Poder. Conceitualmente, o direito busca criar padrões de comportamentos e sanções pelo descumprimento do comportamento desejado, tendo assim uma função estabilizadora. Já à política cabe determinar e realizar os fins coletivos. O direito traz as formas de se organizar e contornos bem definidos para uma atuação política e esta tem como produto e instrumento o próprio direito.

A distinção entre política e direito é fugaz principalmente em face da Constituição Federal de 1988 que constitucionalizando direitos, não é apenas um instrumento de proteção e limitação de poder, mas sim um guia de orientação para o exercício do Poder que nunca pode destoar da busca da implementação dos direitos constitucionais. É certo que não se trata aqui das políticas referente à política partidária, mas o sentido amplo da política, “[...] como atividade de conhecimento e organização do poder. É verdade que, embora teoricamente seja relativamente simples apartar as duas noções, na prática elas estão entrelaçadas [...]”.⁴⁹³

Dessa forma, em uma sociedade complexa, não há rigidez em qualquer separação. As vontades decorrentes do processo político, motivado por tensões culturais e sociais, devem subsidiar o arcabouço jurídico a permitir se alcancem os objetivos almejados por uma determinada sociedade. Por isso, o direito é dinâmico e, por ser produto da política, está sujeito a avanços e também a regressões.⁴⁹⁴

Com esse panorama o direito tem por principal função permitir o questionamento da validade e legitimidade das próprias normas produzidas no processo legislativo político. Temos uma vinculação constitucional da legislação. A política molda o direito por meio de normas gerais, mas a interpretação e a aplicação aos casos concretos se desapegam do conteúdo político.⁴⁹⁵

⁴⁹² Duplo saco, fechado em ambas as extremidades e aberto no meio (por onde se dobra), formando duas bolsas iguais; us. ao ombro, para distribuir o peso dos dois lados.

⁴⁹³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 242.

⁴⁹⁴ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2009. p. 266

⁴⁹⁵ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 11.

Percebe-se a nitidez da separação entre o juiz e o político, separação esta inclusive determinada pela Constituição, havendo uma separação institucional. Importante compreender esta separação institucional na estrutura da Administração Pública. O Aparelho do Estado é constituído pelo governo, pela direção dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, pelo corpo de funcionários públicos e pela força militar, ou seja, um conceito amplo de Administração Pública, referente à estrutura organizacional do Estado nos três Entes da federação.

O Estado tem aspecto mais abrangente que o aparelho, pois agrega o sistema constitucional-legal, regulando a população de um território, ou seja, o Estado é a organização burocrática que detém o poder de legislar e tributar. Assim, a reforma do Estado refere-se às várias áreas do governo e à sociedade brasileira, enquanto que a reforma do aparelho do Estado refere-se a transformar a Administração Pública mais eficiente, pró-cidadania.⁴⁹⁶ As políticas públicas são definidas e implementadas pelo aparelho do Estado e quando o Governo é comprometido com as mudanças sociais, proativamente, as políticas públicas tendem a ser mais eficientes.

A regra é que as condutas dos cidadãos sejam pautadas pelas diretrizes dos comandos legais decorrentes do processo político. Apenas quando há conflitos, é que a tutela do Poder Judiciário entra em cena por meio da jurisdição, explicitando o conteúdo da nova e a aplicando ao caso concreto.⁴⁹⁷ Há um sistema constitucional de proteção entre a política e a aplicação do direito. Os órgãos da jurisdição estão protegidos das interferências políticas dos órgãos públicos que possuem poder de decisão, bem como dos partidos políticos.

Porém, o processo político ainda é protegido pela existência de regras e limites que os tribunais devem obediência quando da aplicação da lei ao caso concreto. Quando se afirma que a Constituição limita a política não se está a afirmar que há uma total juridicização da política, sob pena de se converter o político em um mero administrador, o que não se coaduna com a própria política que produz e transcende o próprio direito.⁴⁹⁸

⁴⁹⁶ BRESSER-PEREIRA, L. C.; SPINK, P. (Orgs.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. As definições de Aparelho de Estado e Estado foram apresentadas no Plano Diretor da Reforma do Estado, às fls.12, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (ministro Luiz Carlos Bresser Pereira) e, depois de ampla discussão, aprovado pela Câmara da Reforma do Estado em sua reunião de 21 de setembro de 1995, submetido e aprovado pelo Presidente da República (Fernando Henrique Cardoso).

⁴⁹⁷ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 13.

⁴⁹⁸ Idem, p. 10 e 14.

De qualquer ângulo que se analise, é inegável que para compreender o Estado e sua dinâmica, faz-se necessário observar o direito e a política, pois as regras de comportamento prendem seus fundamentos e finalidades nesses institutos, cuja permanência e orientação dependem da inserção em normas.⁴⁹⁹

No Estado Democrático e Social de Direito abandonou-se a discricionariedade absoluta dos Estados liberais, estando os governantes limitados em seu agir às determinações de cunho social determinadas pela Constituição. Daí se permitir um controle político exercido pelo Poder Judiciário. A Constituição em si, documento político máximo da nossa nação, que refletiu, quando de sua edição, os aspectos sociais de conflito, com teor revolucionário, principalmente no que se refere à determinação de direitos, faz com que esses direitos sejam bastante próximos da Política.⁵⁰⁰

As escolhas feitas pelo Poder Constituinte, originário e ilimitado, não podem ser comprometidas pela inércia do Poder Constituído, seja em decorrências das ações dos poderes Legislativo ou Executivo. Há na Carta Magna um nítido viés de preocupação social, sendo que a já definição constitucional de direitos sociais configuram direitos públicos subjetivos passíveis de serem exigidos em face do Estado.⁵⁰¹

Assim, o Poder Judiciário pode analisar questões políticas, mas estando limitado onde há discricionariedade deixada pela Constituição ao administrador e ao legislador, que permitem a estes a escolha das políticas adequadas, desde que qualquer das escolhas respeitem as disposições da Constituição. Nessa sistemática, as superposições entre o direito e a política são inevitáveis.⁵⁰²

Dessa forma, não se pode negar a existência da jurisdição política, para fins de verificação da legitimidade da política adotada. Esta atividade judicial que envolve questões também políticas, embora de forma excepcional, decorre da expressa vontade do Poder Constituinte Originário, quando o apresenta como detentor do papel de controlador de última instância das decisões políticas dos demais Poderes, quando o paradigma é a Constituição.

⁴⁹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Educação superior, direito e Estado: na Lei de Diretrizes e Bases*. Nina Ranieri. São Paulo: EDUSP, 2000. p. 15.

⁵⁰⁰ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Jurisdição constitucional política*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 21-22.

⁵⁰¹ Idem, p. 22.

⁵⁰² BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 148.

Até mesmo porque, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal). Nesse sentido, a Constituição, de forma política, delimitou, em muito, as políticas públicas a serem seguidas, e, como cabe ao Poder Judiciário a verificação de conformidade com a Constituição, este também possui perfil político.

Assim, nesses casos, mesmo que de forma indireta, o Judiciário acabará por definir e formular as políticas públicas, especialmente quando o administrador ou legislador descumprirem mandamentos constitucionais, comprometendo a integridade dos direitos garantidos pela Constituição. Essa conduta é totalmente legítima e necessária em um Estado Democrático e Social de Direito. Logo, a função ou poder político pode ser verificada nas funções legislativa, executiva e judicial.⁵⁰³

A Constituição tem um papel muito importante nas definições de políticas públicas, eis que, por ser analítica, já define os vários objetivos a serem almejados pelo administrador. Possui a Carta Magna viés social, sendo difícil imaginar alguma política pública que não esteja atrelada com algum direito fundamental ou princípio já estabelecido pela Lei Maior, que pode ser considerada uma matriz vinculante de políticas públicas.⁵⁰⁴

O adjetivo “público” evidencia que se está a falar dos caminhos trilhados pelo poder público, em regra o Poder Executivo, por meio de seus governos eleitos em esfera federal, estadual, distrital ou municipal, para mandato determinado. Isso porque a política, ainda que vise atingir objetivos públicos, pode ser desenvolvida por sujeitos não integrantes do poder público.

Consequentemente, o tema que por hora nos interessa é a política pública desenvolvida por órgãos estatais. A política pública, dessa forma, envolve decisão, escolha, opção da forma de se melhor alocar os recursos. É a livre escolha de meios para se atingir objetivos. Os objetivos, por sua vez, no caso brasileiro, na maioria das vezes não são de livre escolha pelo Administrador, por já estarem previstos na Constituição Federal.

Dessa forma, ao administrador cabe decidir o melhor caminho a ser seguido para se atingir os objetivos predeterminados e não o fazendo ou o fazendo de forma equivocada

⁵⁰³ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Jurisdição constitucional política*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 28.

⁵⁰⁴ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. A Constituição de 1988 como matriz de políticas públicas: direitos, deveres e objetivos no campo dos direitos sociais, *In*: MENDES, Gilmar; PAIVA, Paulo (Org.). *Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 31.

submete-se a diversas formas de controles, sendo um deles exercido pelo Poder Judiciário que se vale, para tanto, da dogmática jurídica (substrato principiológico e abstrato), perante paradoxos e complexidades como os da reserva do possível e mínimo existencial, no que se refere à alocação dos recursos estatais.

O deixar de fazer algo também decorre de um processo decisório, que pode significar também como execução de determinada política pública. Ou seja, a ausência decisória pode ser vista também como uma política pública.⁵⁰⁵ Nesse raciocínio, as políticas públicas não se tratam de direitos unicamente da atividade estatal positiva, em contraste com o dever de abstenção dos Poderes Públicos (característica das liberdades individuais).⁵⁰⁶

Falar dessa forma em política pública envolve abordar as instituições públicas, suas regras, procedimentos e esquemas de cognição que fornecem o significado de suas ações e relações com os indivíduos. Essas relações entre as instituições e os indivíduos, de modo a se ter a legitimidade nas escolhas, ao longo da história pátria, mostrou-se ora patrimonialista, ora clientelista, ora corporativista, gerencialista e ora baseada no mérito.⁵⁰⁷

As instituições, incluído o Supremo Tribunal Federal, na delimitação que se propõe nesta tese, deveriam definir os critérios *normativos-constitucionais*⁵⁰⁸ (estrutura, suficiência, contextualização e conexão da norma e justificativa jurídica para exigência de ações estatais) a fundamentar a exigibilidade de direitos sociais e consequentemente de políticas públicas. Em uma concepção exclusivamente jurídica, expectativas cognitivas, políticas e econômicas seriam afastadas do intérprete das normas jurídicas, logo, a implementação de políticas públicas pelo Judiciário estaria restrita ao código binário lícito ou ilícito,⁵⁰⁹ independentemente dos resultados pragmáticos.

⁵⁰⁵ REISMAN, Leonardo, DE TONI, Jackson. A formação do estado brasileiro e o impacto sobre as políticas públicas. In: MENDES, Gilmar (Org.), PAIVA, Paulo (Org.). *Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 15-16.

⁵⁰⁶ COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos sociais e culturais. In: CUNHA, Sérgio Sérula da; GRAU, Eros Roberto (Org.) *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 249.

⁵⁰⁷ REISMAN, Leonardo, DE TONI, Jackson. A formação do estado brasileiro e o impacto sobre as políticas públicas. In: MENDES, Gilmar (Org.), PAIVA, Paulo (Org.). *Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 18-22.

⁵⁰⁸ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. A Constituição de 1988 como matriz de políticas públicas: direitos, deveres e objetivos no campo dos direitos sociais, In: MENDES, Gilmar; PAIVA, Paulo (Org.). *Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 41.

⁵⁰⁹ Referência à Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, que concebe o direito como um sistema autopoietico, operacionalmente fechado. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução para o espanhol de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. Cidade do México: Ed. Herder, 2005. p. 507-566.

Em relação às políticas públicas é necessário recordar que a Constituição Federal estabeleceu deveres fundamentais, como, por exemplo, os direitos sociais apresentados em seu art. 6º. Assim, se está normatizado como direito constitucional, ele será passível de ser objeto de uma demanda judicial, considerando o modelo adotado pela própria Constituição vigente. É pelo Estado Democrático Constitucional que se consolida as conquistas liberais (direitos fundamentais de primeira geração), sociais (segunda geração – buscando conquistas igualitárias substanciais) e as conquistas da solidariedade e da comunidade (direitos difusos e coletivos como meio ambiente e do consumidor – terceira geração).⁵¹⁰

Ainda, esse Estado também reconhece a participação do cidadão na construção das decisões políticas (direta ou indiretamente – pelo voto) agregando também o que se denomina “[...] quarta dimensão dos direitos fundamentais, a dimensão da participação na formulação das decisões políticas”,⁵¹¹ em sentido amplo. Esse modelo de Estado traz em seu núcleo fundamental os direitos fundamentais e coletivos e sua relação com os objetivos da sociedade multicultural e plural, possibilitando, dessa forma, uma democracia em seu sentido integral, ou seja, garante a representatividade nas esferas política e social.⁵¹²

A conexão dos direitos fundamentais sociais com as políticas públicas ocorre especialmente porque esses direitos são efetivados através da implementação das políticas públicas. Assim, todas as projeções jurídicas aplicáveis aos direitos fundamentais devem ser refletidas às políticas públicas, que são dotadas, inegavelmente, de índole política, considerando a história da sua fundação.⁵¹³

As discussões acerca do conteúdo e regime jurídico dos direitos fundamentais sociais (questiona-se a sua constitucionalização e até a autenticidade dos direitos fundamentais) não são enfrentamentos forçosos ao desenvolvimento da tese, entretanto, importa registrar às controvérsias acerca do regime jurídico-constitucional dos direitos sociais, em razão da

⁵¹⁰ ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação dos Poderes e o Estado Democrático Constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual Brasileira – RBDPro*, Belo Horizonte: Fórum, ano 18, n. 70, p. 240-242, abr./jun. 2010.

⁵¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 571: “São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.

⁵¹² BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 8. ed. rev. ampl. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

⁵¹³ SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito fundamental à saúde*. O dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 147-148.

eficácia e efetividade desses direitos, para reconhecê-los como condições fundamentais à democracia.⁵¹⁴ Logo, como ambiente de manifestação do ativismo democrático-constutivo.

Os direitos sociais, em expresse reconhecimento constitucional, constituem-se cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal), diretamente aplicáveis (art. 5º, § 1º, da Constituição Federal⁵¹⁵), garantido-lhes o regime jurídico privilegiado, que reconhece a proposição de Robert Alexy quanto à relevância dos direitos fundamentais, a ponto do “seu reconhecimento não poder ser pura e simplesmente colocado plenamente a disposição das majorias parlamentares simples”,⁵¹⁶ ou seja, a efetividade desses direitos, que, lembre-se, ocorre através de políticas públicas, não pode estar condicionada ao alvedrio deste ou daquele órgão estatal, deste ou daquele Poder, sendo irremissível que o Poder Judiciário resguarde essa prerrogativa se a temática lhe for apresentada.

Dessa forma, há um direcionamento a todas as instituições de quaisquer dos poderes para que efetivem de forma mais ampla possível os direitos assegurados pela Constituição. Nesse momento em que o Estado, por seus órgãos, realiza gastos e executa ações com “[...] finalidade de promover os Direitos Fundamentais é que ocorrem as políticas públicas”.⁵¹⁷

Sobre a relação da aplicabilidade das normas constitucionais com as políticas públicas, necessário se faz o recurso à clássica divisão em relação às normas constitucionais em face de seu potencial de aplicabilidade, judicialização e controle judicial. Alguns dos direitos são de eficácia plena, são autoaplicáveis, não exigindo atuação do legislador, produzindo efeitos desde a entrada em vigor da Constituição e sequer podem ser reduzidos pelo poder constituinte decorrente, sendo que tais direitos vinculam em alto grau a atuação dos poderes públicos e suas instituições, o que impõe a imediata adoção de política pública para implementar o direito, sendo também evidente a necessidade de fiscalização de um poder

⁵¹⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 225 e ss.

⁵¹⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

⁵¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seus conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais e estado constitucional*. Estudos em homenagem a J. J. Canotilho. São Paulo: RT, 2009. p. 224.

⁵¹⁷ SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito fundamental à saúde*. O dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 147.

sobre o outro para a verificação da adoção da política pública necessária e eficiência desta para a consecução de aplicação do direito.⁵¹⁸

A Constituição traz direitos de eficácia contida⁵¹⁹ (reduzível, prospectiva ou plena restringível), que, em regra, solicitam de intervenção do legislador ordinário para restringi-las da plenitude de sua eficácia. Enquanto o legislador se mantiver inerte, a eficácia manter-se-á de forma plena. Sua eficácia também poderá ser afastada quando estiverem presentes pressupostos de fato, por exemplo, estado de sítio. Essas normas possuem aplicabilidade imediata e direta, não dependendo de leis posteriores, mas podem ser restringidas a depender da discricionariedade do Poder Público.⁵²⁰

Além disso, há direitos com eficácia limitada⁵²¹ (mediata, reduzida, mínima diferida ou relativa complementável), consubstanciados naqueles que dependem de uma atuação posterior do poder público, sendo necessária uma regulação para que se permita a aplicação por completo do direito. Costuma-se dizer que, em relação a esses direitos, embora sejam relevantes, não há o mesmo nível de urgência em sua implementação, quando comparados com os direitos autoaplicáveis, por dependerem de uma regulamentação infraconstitucional do direito.⁵²² Essas normas podem ser inseridas em duas espécies: a) as definidoras de princípio institutivo ou organizativo (normas constitucionais de princípio institutivo); e, b) as definidoras de princípio programático (normas constitucionais de princípio programático).⁵²³

De qualquer forma, independentemente da classificação do grau de aplicabilidade da norma constitucional, não se afasta o dever de se implementar as políticas públicas para quaisquer deles, independentemente de qual poder deva vir a atuação, Executivo ou

⁵¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 89.

⁵¹⁹ Idem, p. 105.

⁵²⁰ DUTRA, Luciano. *Direito constitucional essencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 48: O autor cita “alguns exemplos em que a própria Constituição de 1988 diminuiu o âmbito de incidência de uma norma constitucional de eficácia contida: a) direito de propriedade: da leitura dos incisos XXII e XXIV do art. 5º, percebe-se que o próprio legislador constituinte originário limitou o exercício do direito de propriedade; b) restrições a direitos fundamentais impostas pela decretação de estado de sítio: o art. 139 restringiu o âmbito de incidência de diversos direitos fundamentais, dentre os quais a liberdade de locomoção, a intimidade, a inviolabilidade domiciliar e a propriedade. Importante que se diga, ademais, que a restrição pode ser operada por conceitos ético-jurídicos, como no caso do art. 5º, XXV, em que o “iminente perigo público” autoriza à autoridade competente a imposição de restrições ao direito de propriedade, a partir do instituto da requisição administrativa.”

⁵²¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 119.

⁵²² CAVALCANTE FILHO, João Trindade. A Constituição de 1988 como matriz de políticas públicas: direitos, deveres e objetivos no campo dos direitos sociais, *In*: MENDES, Gilmar; PAIVA, Paulo (Org.). *Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 34.

⁵²³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 119.

Legislativo. E mesmo entre cada categoria de norma, é possível uma segmentação considerando níveis de exigência de cada uma.

Tais níveis de exigência é que devem nortear a intervenção judicial na fiscalização e imposição para que o Poder Público implemente esta ou aquela política com base em critérios exclusivamente jurídicos para a sua categorização.⁵²⁴ As políticas públicas que implementem direitos fundamentais sociais dispostos em normas autoaplicáveis terão grau elevado de exigibilidade e controle judicial veemente, enquanto que os previstos em normas de eficácia limitada (ainda não regulamentados) terão exigibilidade e controle judicial medianos e nas políticas públicas que não atribuem direitos subjetivos, o que corresponde a políticas públicas de longo prazo, a exigibilidade e o controle jurisdicional serão fracos.⁵²⁵

Com a percepção de que pela simples existência das normas jurídicas os direitos não produzem impactos efetivos na realidade da sociedade, passou-se a encontrar mecanismos para transformar a lei em realidade. Ora, percebeu-se que uma série de providências e mecanismos são necessários para que a vontade das normativas estejam no dia a dia de cada pessoa. Diante disso, denominam-se essas providências de políticas públicas.⁵²⁶ Nesse raciocínio, conceituam-se políticas públicas (com inegável índole política, mesmo que de forma parcial) como direcionadas à efetivação de Direitos Fundamentais, pela delimitação do interesse público.⁵²⁷

Assim, os objetivos fundamentais das normas são implementados pelas políticas públicas, utilizando recursos estabelecidos nos orçamentos, cujas escolhas vinculam-se aos limites previamente estabelecidos pelo ordenamento jurídico. As políticas públicas são denominadas como públicas, quando as ações são ordenadas por agentes estatais e destinadas a alterar as relações sociais já existentes. São manifestações das relações das forças sociais refletidas nas instituições estatais, que atuam em diversos campos institucionais.⁵²⁸ Percebe-se assim que não há uma conceituação única acerca das políticas públicas, mas, sabe-se

⁵²⁴ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. A Constituição de 1988 como matriz de políticas públicas: direitos, deveres e objetivos no campo dos direitos sociais, *In*: MENDES, Gilmar; PAIVA, Paulo (Org.). *Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 45.

⁵²⁵ Idem, p. 45-47.

⁵²⁶ BARCELLOS, Ana Paula. Direitos fundamentais, políticas públicas, informação e desigualdade. *In*: SILVA, Christine Oliveira Peter da *et al.* (Coord.). *Constitucionalismo feminista*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 202.

⁵²⁷ SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito fundamental à saúde*. O dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 147-148.

⁵²⁸ DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 239.

claramente, o fundamento de sua existência é essencial ao Estado, vez que genericamente tratadas como ação estatal, com a finalidade de alcançar o interesse público.⁵²⁹

Em passado recente o tema das políticas públicas não era entendido como essencialmente jurídico, mas um assunto originário da ciência política, em que se ressalta o caráter dinâmico e funcional, contrastando com a estabilidade e a generalidade existentes no universo jurídico.⁵³⁰ Com o Estado Democrático de Direito (a partir da Constituição Federal de 1988), passou-se a valorizar os Direitos Fundamentais e esses que fundamentam a dignidade da pessoa humana, partindo-se da premissa de que as políticas públicas têm como objeto os Direitos Fundamentais.⁵³¹

Em outras palavras, as políticas públicas fundamentam-se na necessidade que a sociedade possui em concretizar as prestações positivas do Estado, sendo que a principal política pública é o próprio desenvolvimento nacional, devendo as demais políticas estar harmonizadas com ela.⁵³² Defende-se, assim, que as políticas públicas tornaram-se interessantes ao direito há cerca de 20 anos, com a configuração do Estado prestacional, e, considerando o pouco tempo, ainda é frágil em construção teórica.⁵³³

No entanto, normas foram inseridas no ordenamento jurídico buscando a efetividade e o desenvolvimento dos direitos trazidos constitucionalmente, como, por exemplo, a Lei n. 8.080/1990 (organiza a estrutura básica do Sistema Único de Saúde – SUS), Lei n. 11.096/2005 (Programa Universitário para Todos – PROUNI), Lei 10.836/2004 (Programa do Bolsa Família).⁵³⁴

Com a Constituição Federal de 1988 e seu sopro de redemocratização, foram criadas várias formas de participação direta da sociedade na escolha das políticas. Isso se deu por

⁵²⁹ BERCOVICI, Gilberto. Políticas públicas e o dirigismo constitucional. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. ABDConst.*, Curitiba, v. 3, p. 174, 2003.

⁵³⁰ SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. *Revista de Informação legislativa*, v. 40, n. 158, p. 265-278, abr./jun. 2003. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/862>. Acesso em: 15 jan. 2019.

⁵³¹ SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito fundamental à saúde*. O dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 147-148.

⁵³² BERCOVICI, Gilberto. Políticas públicas e o dirigismo constitucional. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. ABDConst.*, Curitiba, v. 3, p. 174, 2003.

⁵³³ SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. *Revista de Informação legislativa*, v. 40, n. 158, p. 265-278, abr./jun. 2003. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/862>. Acesso em: 15 jan. 2019.

⁵³⁴ BARCELLOS, Ana Paula. Direitos fundamentais, políticas públicas, informação e desigualdade. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da et al. (Coord.). *Constitucionalismo feminista*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 196.

meio da criação de conselhos, da definição das atribuições constitucionais dos Municípios, com ênfase para a descentralização, surgindo a *accountability* (palavra sem sentido semelhante em português, “diz respeito à avaliação de resultados e à responsabilização dos governantes por seus atos”⁵³⁵).

Mas, na outra ponta, a Constituição Federal também trouxe normas que afetam a estrutura para a tomada de decisões e para a execução das políticas públicas. As rígidas e burocráticas regras seguidas pela Administração Direta muitas vezes são estendidas para a Administração Indireta. Criou-se regime jurídico único para o serviço público federal, reproduzido pelas esferas municipais e estaduais, limitando a inovação e a flexibilização na atuação e também nas formas de contratação.⁵³⁶

A *accountability* está diretamente vinculada à noção de controle de políticas públicas, de modo a acompanhá-las em sua execução. Têm-se no Estado brasileiro, o Controle Social, exercido pela própria sociedade, o Controle Interno – art. 31 da Constituição Federal, que é feito pelos próprios órgãos do aparelho Estatal; o Controle Externo – art. 70 da Constituição Federal, exercido pelo Poder Legislativo com auxílio do Tribunal de Contas;⁵³⁷ o Controle de Constitucionalidade – artigos 102 e 103 da Constituição Federal, exercido pelo Poder Judiciário (e no caso do controle de constitucionalidade até definir políticas públicas), de instituições como o Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil, da sociedade civil organizada como um todo. Diante do panorama constitucional, devem-se ter regras de categorização de aplicabilidade dos direitos para que se possam priorizar as políticas públicas. Deve haver uma identificação dos parâmetros de escolha da política pública e também de seu controle.⁵³⁸

Note-se que a definição de qual direito social será efetivado através de uma política pública parece revelar uma escolha do agente definidor, ou seja, reserva uma

⁵³⁵ QUEIROZ, Roosevelt Brasil. *Formação e gestão de políticas públicas*. 3. ed. rev. ampl. Curitiba: Ibepex, 2011. p. 104.

⁵³⁶ REISMAN, Leonardo, DE TONI, Jackson. A formação do estado brasileiro e o impacto sobre as políticas públicas. In: MENDES, Gilmar (Org.), PAIVA, Paulo (Org.). *Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 23-31.

⁵³⁷ Interessante leitura acerca da atuação do Tribunal de Contas, a dizer “com o auxílio do” e não “auxiliar do” em: CHADID, Ronaldo. *A função social do Tribunal de Contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 178.

⁵³⁸ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. A Constituição de 1988 como matriz de políticas públicas: direitos, deveres e objetivos no campo dos direitos sociais, In: MENDES, Gilmar; PAIVA, Paulo (Org.). *Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 46; BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 240, p. 94, abr. 2005.

discricionariedade, uma escolha política, mesmo a considerar os limites formais previstos pela Constituição à elaboração e execução do orçamento público, vez que, ainda assim o administrador ou o legislador poderiam escolher, respeitado o mínimo até máximo, e ainda mais tranquilamente quanto aos limites materiais (representados pelos valores, objetivos e programas trazidos pelo texto constitucional), posto que, não há hierarquia ou preferência entre os objetivos e valores, sendo possível a escolha deste ou daquele para a implementação de determinada política pública.

A participação popular na dinâmica da escolha das políticas públicas também é perceptível pela interpretação constitucional. Exemplificando, o art. 204, inciso II, da Constituição Federal⁵³⁹ traz a participação popular, por organizações representativas, na formulação e controle das ações em todos os níveis (área da assistência social). Essa participação oportuniza a mitigação da

[...] crise de legitimidade por que passa o Estado contemporâneo, que muitas vezes age de maneira absolutamente isolada e desconexa da sociedade civil, não acompanhando o processo de organização social e de participação democrática nas mais diversas formas e estruturas criadas [...].⁵⁴⁰

Diante disso, a participação da sociedade, na esfera das políticas públicas, é visível tanto na fase de formulação como na fase de controle, exigindo que a sociedade pratique a cidadania em conjunto com elementos do agir estatal.⁵⁴¹

Logo será função típica e inarredável do Judiciário implementar políticas públicas. No Estado Democrático de Direito, são funções do Judiciário: decidir os conflitos, controlar a constitucionalidade das leis e realizar seu autogoverno⁵⁴² e, ainda, controlar os demais

⁵³⁹ “Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: [...]

II – participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. [...]”

⁵⁴⁰ SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito fundamental à saúde*. O dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 178.

⁵⁴¹ Idem, ibidem.

⁵⁴² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995. p. 55.

Poderes, concretizar os direitos fundamentais e garantir o Estado Constitucional Democrático de Direito.⁵⁴³

A escolha da política pública envolve concepções teóricas sobre esta, ou seja, a implementação de políticas públicas revelará as ideologias do ambiente social e dos agentes que as propuseram, podendo se apresentar em duas abordagens gerais: a política pública vista como o “Estado fazendo” e como “uma construção coletiva”. Na proposição da construção coletiva a participação da sociedade, que interatua entre atores coletivos e individuais, colaborará para a modernização do Estado voltado para a cidadania, colaborando sobremaneira para a eficiência das políticas públicas.⁵⁴⁴

Note-se que falar em modernização do Estado está para tema do processo administrativo de formulação de políticas públicas, que se tornou necessariamente um processo político e, como tal, liga-se à participação democrática dos cidadãos a revelar transparências nos objetivos e instrumentos da política pública que se pretende implementar.⁵⁴⁵

É preciso considerar que as políticas públicas possuem diferentes reclamos, o que altera as exigências de análise e responsabilidade de sua implementação, assim, podem ser políticas sociais de serviços essenciais e públicos, políticas sociais compensatórias, políticas de fomento, de reforma de base e políticas de estabilização, entre outras, embora de regra, todas exigirão planejamento, seja do orçamento anual, como das despesas de capital e programas de duração continuada, exercidos por órgãos administrativos centralizados e descentralizados, além do Poder de Polícia, exercido antecipadamente (autorizações e licenças) ou posteriormente (fiscalização).⁵⁴⁶

A questão da interpenetração das atividades legislativas, governativas e executivas conduz a temática da política para o controle judicial, que em primeiro momento analisará os programas propostos ou proteção dos direitos fundamentais perante o próprio Estado,

⁵⁴³ GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: RT, 1997. p. 15-118.

⁵⁴⁴ QUEIROZ, Roosevelt Brasil. *Formação e gestão de políticas públicas*. 3. ed. rev. ampl. Curitiba: Ibepex, 2011. p. 106-107.

⁵⁴⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 269.

⁵⁴⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 3.tir. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 133-134.

revelando duas hesitações basilares: possibilidade ou não de se exigir a execução concreta de políticas públicas e como o Poder Judiciário poderia provocar esta execução,⁵⁴⁷ ou seja, possibilidade de buscar o provimento jurisdicional com objetivo de obter a execução concreta de políticas públicas.⁵⁴⁸

Pois bem, considerando que as jurisdições atuam exatamente para solucionar e compor os dissensos naturais da democracia e, que diante de insatisfações (individuais ou coletivas) decorrentes de omissões ou insatisfações com a concretização das políticas públicas, é natural a judicialização de demandas, que limitarão o objeto, as partes envolvidas e as razões das partes (princípio do contraditório e da ampla defesa), o Judiciário, como exposto anteriormente, atuará na correção da conduta (seja correção da política ou da expectativa do direito da parte litigante), tudo em conformidade com o sistema constitucional existente.⁵⁴⁹

Dessa forma, é possível o Estado buscar a tão almejada justiça, pacificação social, efetivar direitos fundamentais e consolidar as políticas públicas eleitas pelo Poder Constituinte Originário, considerando a legitimidade democrática do Poder Judiciário. Isso porque, a Constituição Federal, da forma como foi pensada, com rigidez em sua forma de alteração, normatiza o modelo procedimental de democracia, instituindo o Poder Judiciário como instrumentador das discussões, inclusive em matéria de políticas públicas, o que garante ao destinatário final a participação mais ampla nos atos decisórios para implementação dessas políticas.⁵⁵⁰

A considerar que o Supremo agirá quando provocado, ou seja, quando a demanda contendo política pública lhe for apresentada, sua atuação será necessária e inevitável. Necessária porque a sociedade provocou o Judiciário a fim de se tutelar algum direito, que se encontra em litígio. O Judiciário não pode se esquivar de analisar as demandas a ele endereçadas (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal). Inevitável porque o sistema coloca a palavra do Judiciário como derradeira, assim, não havendo o implemento da política pública de maneira ordinária, quando submetida ao Judiciário deverá fazê-lo em cumprimento de suas

⁵⁴⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 3.tir. São Paulo: Malheiros, 2002. Idem, p. 130.

⁵⁴⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 276-278.

⁵⁴⁹ ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação dos Poderes e o Estado Democrático Constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual Brasileiro – RBDPro*, Belo Horizonte: Fórum, ano 18, n. 70, p. 240-242, abr./jun. 2010.

⁵⁵⁰ Idem, p. 245.

atribuições constitucionais, não existindo outro caminho no Estado Constitucional Democrático brasileiro, ou seja, se chegou no Supremo Tribunal Federal, implementá-la será consequência.

Em todos os casos, o Poder Judiciário é o ator que vai dar a palavra final em relação às políticas públicas, sendo necessária assim a demonstração de postulados que agreguem coerência, integridade, reflexão e isenção, na fundamentação, nas análises de escolhas e até mesmo na forma de imposição das políticas públicas,⁵⁵¹ pois da mesma forma que não se pode impedir que a imprensa fale primeiro sobre as coisas, é dado ao Judiciário o papel de falar por último,⁵⁵² ou seja, uma interpretação revestida de autoridade jurisdicional irrecurável.⁵⁵³

3.2 CONTORNOS DO CONCEITO DO ATIVISMO JUDICIAL: AUTORIDADE DA LEI *VERSUS* LIBERDADE JURISPRUDENCIAL

Inocência Mártires Coelho já assevera que, “assumindo-se que a gramática do tema é a higiene da controvérsia, o ponto de partida destas reflexões há de ser o prévio esclarecimento do que se entende por ativismo judicial e por criação judicial do direito, dois conceitos que, sendo muito próximos, dão lugar a desentendimentos e controvérsias”.⁵⁵⁴

Os ditames da vida em sociedade dependem da política, sendo certo que se ninguém tem total legitimidade para dizer e apregoar como verdade absoluta o que é justo, deve-se ao menos se atribuir a alguém a determinação do que está ou não de acordo com algum estado de direito, tendo em vista que, no mundo atual, não se imagina a vida em sociedade sem regras. Esses regramentos sempre permearam a cooperação entre os indivíduos. A questão de que alguém tem que decidir é latente em todos os ordenamentos sociais, não importando quem

⁵⁵¹ OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de; ALVES, Fernando de Brito. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 20, ago. 2014. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/432>. Acesso em: 12 jul. 2018. p 41.

⁵⁵² BRITTO, Carlos Ayres. Poder Judiciário: ativismo *versus* proatividade. *O Estado de S. Paulo*, 24.05.2015.

⁵⁵³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Diálogo constitucional. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). *A razão e o voto*. Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2017. p. 12.

⁵⁵⁴ COELHO, Inocência Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 475.

decide, mas que se decidam as contendas sociais, e que, essas decisões sejam acatadas por todos.⁵⁵⁵

A identificação do que seria ativismo judicial se mostra necessária. A generalidade dos conceitos que sempre buscam trazer a atividade do juiz para uma atividade profética de buscar reais valores e atender aos clamores da sociedade pode não se sustentar. A análise de uma decisão para se poder atribuí-la a pecha de ser decorrente de ativismo judicial ou mesmo de uma inevitável atividade de criação judicial de direito deve ser feita com base em parâmetros o mais próximo de objetivos, sob pena de o debate ficar no eixo meramente retórico (por não se trazer para a atividade empírica as argumentações). Conceituar o ativismo judicial, então, é premissa para se analisar uma decisão e chamá-la ou não de ativista. Para tanto, fizemos um esboço sobre os mais diversos posicionamentos doutrinários sobre o tema.

O ponto de partida encontrado na doutrina para a identificação do ativismo judicial é a tentativa de identificar e delimitar a área de atuação do Poder Judiciário. Seria ativista, sob esse prisma, uma decisão do Poder Judiciário que exorbitasse os limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico.⁵⁵⁶

Ao agir além das previsões do ordenamento jurídico, haveria um mau comportamento institucional por parte do Poder Judiciário, sendo fruto do “[...] comportamento dos juízes e tribunais que resolvem se imiscuir na esfera de competência dos demais Poderes”.⁵⁵⁷ Na comunidade jurídica, é crescente a dicotomia entre os que são a favor e os que são contra o ativismo judicial. Encontram-se conceitos no sentido de trazer o ativismo judicial relacionado com a “frequência com que um determinado magistrado ou tribunal invalida as ações (normas e atos normativos) de outros poderes de Estado, especialmente do Poder Legislativo”,⁵⁵⁸ destacando, ainda, que essa decisão pode ser ora progressista, ora conservadora, ora correta, ora incorreta.

⁵⁵⁵ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1961. v. I, p. 210.

⁵⁵⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129 e 138; LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 24.

⁵⁵⁷ POZZOBON, Roberson Henrique. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito Uniritter*, v. 1, n. 10, p. 105, 2011.

⁵⁵⁸ VIEIRA, José Ribas. Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. *Estação Científica*, Juiz de Fora: Ed. Especial Direito, v. 1, n. 4, p. 47-48, out.-nov. 2009. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/4302/artigo-3-revisado.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2018.

O juiz não é totalmente livre para dizer o direito, devendo se basear nos aspectos axiológicos e fáticos que irradiam na causa em apreciação. São esses aspectos que buscamos materializar para, a partir daí, tachar-se uma ou outra decisão de ativista ou de ser um fruto natural da criação do direito.⁵⁵⁹

Com esse objetivo inicial de constatação, permitir-se-ia, justificar a inevitabilidade dessa forma de atuação do Poder Judiciário, pois em todas as decisões, em certas medidas, há uma criação do direito pelos juízes. A questão central é, em que limites e quando será de fato necessária e inevitável a colaboração do Judiciário na criação do direito, “[...] sendo certo, ademais, que a participação dos juízes na criação do direito varia, significativamente, conforme o tipo de norma que se trata de interpretar, aplicar e desenvolver.”⁵⁶⁰

Para tanto, “o ativismo judicial estará presente sempre que o Poder Judiciário, extrapolando o seu conjunto de atribuições, emana uma decisão judicial que teoricamente invade a esfera restrita de um dos outros dois Poderes (Legislativo ou Executivo), em especial invade a competência do Poder Legislativo”.⁵⁶¹

Paiva destaca, inclusive, o uso do termo juristocracia no enfrentamento do tema, como uma criação doutrinária para indicar quando o Judiciário quebra o equilíbrio da dinâmica da divisão de competências típicas da democracia. Logo, o ativismo seria uma expressão vazia, sendo o tema central da discussão, na medida em que o Judiciário pode avançar ou interferir na dinâmica governamental sem usurpar seus limites.⁵⁶²

Essa compreensão também é defendida por Daniel Sarmento,⁵⁶³ que teme que o Judiciário, motivado pelo neoconstitucionalismo, realize o que ele chama de “oba-oba constitucional”. Este termo é apresentado para criticar o neoconstitucionalismo e suas consequências, entre elas, o próprio ativismo judicial. Esse “oba-oba constitucional” seria a

⁵⁵⁹ REALE, Miguel. *Gênese e vida dos modelos jurídicos*. O direito como experiência. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 191.

⁵⁶⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 478.

⁵⁶¹ NUNES, Luiz Roberto. Ativismo judicial = *Judicial activism*. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 38, p. 65, jan.-jun. 2011. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/103880>. Acesso em: 11 jul. 2018.

⁵⁶² PAIVA, Paulo. Juristocracia? In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 500.

⁵⁶³ SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais*. Estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 87-124.

intensa utilização dos princípios constitucionais para fundamentar as decisões judiciais, “lançando mão” dos princípios a todos os casos e a qualquer circunstância, devido a sua maleabilidade de definição. Em suas palavras:

os operadores do Direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese. Os campeões têm sido os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. O primeiro é empregado para dar imponência ao decisionismo judicial, vestindo com linguagem pomposa qualquer decisão tida como politicamente correta, e o segundo para permitir que os juízes substituam livremente as valorações de outras agentes públicos pelas suas próprias.⁵⁶⁴

A relação entre ativismo e divisão entre os Poderes é estreita e latente. Em decorrência daquele, restam expandidos os poderes judiciais em detrimento da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, restando expandidos seus papéis institucionais diante das demais instâncias de poder estatal. O poder da toga não poderia decidir além dos conflitos de interesse e mesmo os conflitos entre as normas apresentados, sendo que uma atuação extra demonstraria uma atuação de supremacia do Poder Judiciário em relação aos Poderes Executivo e Legislativo. Assim, o ativismo judicial seria aquele exercido pela função jurisdicional além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico.⁵⁶⁵

Para Elival da Silva Ramos,⁵⁶⁶ há sempre uma visão negativa dessa conduta, por trazer o Judiciário em detrimento dos demais Poderes, mas especialmente o Legislativo, que pode ter seu poder invadido seja pelo Controle de Constitucionalidade ou por decisões excessivamente criativas, o que terminaria por gerar insegurança jurídica. Essa atuação extra do Poder Judiciário seria aditiva ao ordenamento jurídico, que, ao regular condutas sociais ou estatais, anteriormente não reguladas, como fruto de um comportamento expansivo, está fora da sua função típica jurisdicional, mas em razão dela.⁵⁶⁷

⁵⁶⁴ SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais*. Estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 264.

⁵⁶⁵ LEITE, Glauco Salomão. Inércia legislativa e ativismo judicial: a dinâmica da separação dos poderes na ordem constitucional brasileira. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 45, 2014. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/45artigo1.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2018. p. 14.

⁵⁶⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 308:

⁵⁶⁷ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil contemporâneo*. 2010. 313 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2010. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13175>>. Acesso em: 10 jul. 2018. p. 90.

Considerando a delimitação imposta pelo ordenamento jurídico sobre o espaço de atuação entre os Poderes como um fator para considerar uma decisão de ativista, Passos identifica um desvirtuamento das funções inerentes aos Poderes.⁵⁶⁸ Cittadino, reconhecendo a problemática da separação dos Poderes, neutralidade do Poder Judiciário, percebe que se inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas, isso não significa que os processos deliberativos democráticos devam conduzir as instituições judiciais, transformando os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas dos cidadãos.⁵⁶⁹

Nessa consideração sobre interferência do Judiciário nos demais Poderes, Poli destaca ser mais recorrente em matérias que trazem o escopo constitucional de realização de demandas ambientais e de sustentabilidade.⁵⁷⁰ Essa postura protagonista do Judiciário no desenvolvimento do direito sofre críticas em face da atuação contramajoritária, da considerada ausência de legitimação democrática, visto a ausência de escolha dos magistrados pelo sufrágio.⁵⁷¹

Também se afirma que no ativismo judicial, o magistrado faz valores pessoais sobre a justiça prevalecerem sobre as disposições do ordenamento jurídico. Dworkin destaca:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, [...] querendo com isso

⁵⁶⁸ PASSOS, Daniel Silva. *Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da Legitimidade*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 143: “O ativismo judicial, tal como apresentado anteriormente, consiste no exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento, o que levaria à desnaturação das funções típicas de tal poder, em detrimento do Administrativo e do Legislativo”.

⁵⁶⁹ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano LI, n. 2 e ano LII, n. 3, 2001-2002. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/16013577.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2018. p. 138.

⁵⁷⁰ POLI, Luciana Costa. O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 14, n. 14.1, p. 210-230, 2013. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/388/339>. Acesso em: 12 jul. 2018. p. 212.

⁵⁷¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 65, jan./jun. 2012. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/04_rev15_059-086_-_estefania_maria_de_queiroz_barboza_0.pdf. Acesso em: 14 mar. 2018.

dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la.⁵⁷²

Ainda no sentido da crítica negativa, destaca-se a criação de um poder mais forte que os demais, sendo que um inchaço do Poder Judiciário termina por esvaziar as funções dos demais poderes, tornando-se aquele poder como uma “[...] esfera pública de decisão tanto das questões mais fundamentais para o Estado e para a sociedade quanto de situações banais do cotidiano”.⁵⁷³

Streck destaca que “o ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública”.⁵⁷⁴ A expressão ativismo judicial, portanto, geralmente vem impregnada de conotação negativa, “[...] mesmo quando é utilizada para sinalizar predicados opostos, como liberalismo e conservadorismo, trata-se de sugerir algum excesso ou distorção no exercício da função jurisdicional”.⁵⁷⁵

Na mesma linha, Streck destaca que, “no caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretensão ‘avanço’, seja para manter o *status quo*). Ativismo é, assim, um behaviorismo judicial”.⁵⁷⁶ Nesse sentido, Rangel destaca que “essa ideia corresponde a uma conduta proativa do Poder Judiciário interferindo na seara política e na atuação dos demais poderes, eleitos originalmente para esse fim”.⁵⁷⁷ Entretanto, para quem distingue esses institutos, as diferenças devem ser bem delimitadas entre o ativismo judicial e a proatividade interpretativa do Judiciário. O primeiro tem-se como proibido, enquanto a

⁵⁷² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 451.

⁵⁷³ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 37-57, jan. 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966/22722>. Acesso em: 10 jul. 2018. p. 50.

⁵⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law* [EJL], [S.l.], v. 17, n. 3, p. 721-732, dez. 2016. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1220>. Acesso em: 11 jul. 2018. p. 724.

⁵⁷⁵ MACHADO, Joana de Souza. *Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2008. 130 f. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077037.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2018. p. 21.

⁵⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law* [EJL], [S.l.], v. 17, n. 3, p. 721-732, dez. 2016. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1220>. Acesso em: 11 jul. 2018. p. 724.

⁵⁷⁷ RANGEL, Gabriel Dolabela Raemy. *A legitimidade do Poder Judiciário no regime democrático: uma reflexão no pós-positivismo*. São Paulo: Laços: São Paulo, 2014. p. 127-129.

proatividade interpretativa seria o próprio dever jurídico de extrair todo potencial normativo do enunciado jurídico, trazendo ganhos de funcionalidade sistêmica.⁵⁷⁸

O ativismo judicial centra-se exatamente neste ponto: o transpassar o judiciário pelo campo estritamente jurídico e adentrar a esfera política. Entre outras razões, isso acontece pela ineficiência e dificuldade da própria Administração Pública em sua atuação.⁵⁷⁹ Até mesmo porque, como se depreende desta tese, as políticas públicas deixam de ser puramente políticas e passam para o cenário jurídico com a Constituição Federal de 1988.

O aspecto de interferência política é justificado tendo em vista principalmente o aspecto das minorias que fica alijado do processo democrático, estando aí uma das funções dos juízes, que é a de fazer valer a voz dos menos favorecidos na consecução dos direitos previstos pela Constituição Federal. Dessa forma, falhando o processo político na proteção e devida regulação dos direitos fundamentais,⁵⁸⁰ resta plenamente justificada a atuação do Poder Judiciário atuando, de certa forma, na política. Esse exercício voluntário de atividade política por parte do Poder Judiciário, quando busca, com uma interpretação ampla das normas constitucionais, majorar seu sentido e alcance.⁵⁸¹

Na seara política de ativismo judicial, o Poder Judiciário estaria a adotar, em suas decisões, escolhas políticas ora limitando, ora privilegiando a atuação do Poder Legislativo ou mesmo do Poder Executivo em matérias sensíveis.⁵⁸² Seria constantemente ultrapassado pelas decisões judiciais o aspecto meramente jurídico com ingresso na seara política, resolvendo os problemas políticos por critérios jurídicos.

⁵⁷⁸ BRITTO, Carlos Ayres. Poder Judiciário: ativismo *versus* proatividade. *O Estado de S. Paulo*, 24.05.2015.

⁵⁷⁹ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 4, n. 1, abr. 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028/4246>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

⁵⁸⁰ OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de; ALVES, Fernando de Brito. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 20, ago. 2014. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/432>. Acesso em: 12 jul. 2018. p. 40.

⁵⁸¹ RAMOS, Adriana Monteiro. Da falta de normatividade constitucional à judicialização e ao ativismo judicial. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 7, n. 7, p. 232-246, 2010. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?start=30&q=ativismo+judicial&hl=pt-BR&as_sdt=1,5&as_vis=1. Acesso em: 12 jul. 2018. p. 240.

⁵⁸² VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 21: “[...] o judiciário poderia assumir duas posições diante das escolhas políticas realizadas pelo legislador nos casos de maior incerteza quanto à correta dicção do texto constitucional: adotar uma postura autolimitativa (*self-restraint*) e privilegiar a decisão do parlamento em face de questões controversas; ou dizer o direito aplicável às questões politicamente sensíveis, o que caracterizaria o ativismo judicial, a invalidar por inconstitucionalidade escolhas políticas dos outros órgãos estatais”.

A criação judicial do direito seria o exercício regular do Poder-Dever do Judiciário, que traz a norma abstrata ao caso concreto, a fim de realizar materialmente a justiça, enquanto que o ativismo desrespeitaria os limites da lei.⁵⁸³ Assim, com as diversas formas de interpretar o ativismo e as criações judiciais do direito, as decisões que por muitos são classificadas como ativistas, para outros decorrem do próprio dever constitucional de entregar a justiça àquele que busca no Judiciário a tutela para suas mazelas.⁵⁸⁴

A questão política do ativismo também pode ser verificada quando se percebe nele uma forma de correção dos demais Poderes, que não estariam aptos a realizar as demandas sociais. Nessa linha de entendimentos, Côrtes destaca que ativismo judicial seria uma postura que se instala “em situações de encolhimento do Poder Legislativo, onde ocorre um desajuste entre a esfera política e a sociedade, inabilitando que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.⁵⁸⁵ Logo, se nos outros Poderes não se consegue atender de maneira efetiva as demandas sociais, o Judiciário, mediante provocação, tutelar o direito confrontado.

Uma análise de textos clássicos do direito permite a conclusão de ser vedada criação de normas jurídicas por magistrados, ainda que com o escopo de decidir casos concretos, eis que caberia aos juízes apenas a atuação como legisladores negativos.⁵⁸⁶ Nunes Júnior ressalta que, no ativismo judicial, há invasão da esfera de competência de outros Poderes, por se estabelecer formas de condutas que contrariam o processo democrático, por não estarem previstas na legislação.⁵⁸⁷

A atuação judicial ativista se dá por meio de princípios, estabelecendo condutas não decorrentes diretamente de comandos legislativos, sendo que a atuação poderia se dar até mesmo além do campo hermenêutico, o que, conforme destaca Soares, materializando a

⁵⁸³ COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 478.

⁵⁸⁴ BRITTO, Carlos Ayres. Poder Judiciário: ativismo *versus* proatividade. *O Estado de S. Paulo*, 24.05.2015.

⁵⁸⁵ CÔRTEES, Victor Augusto Passos Villani. Ativismo judicial: do neoconstitucionalismo ao neoprocessualismo. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 6, n. 6, 2010. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21584>. Acesso em: 12 jul. 2018. p. 557.

⁵⁸⁶ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1962. v. 2, p. 292.

⁵⁸⁷ NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. *A judicialização da política no Brasil: análise das decisões do TSE e do STF sobre verticalização das coligações e fidelidade partidária*. Dissertação (Doutorado) – Instituto de Ciência Política da UnB, 2014. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/17464/1/2014_AmandinoTeixeiraNunesJunior.pdf. Acesso em: 9 jul. 2018. p. 34.

invasão da magistratura na espera de atuação dos outros Poderes.⁵⁸⁸ Na visão de que o ativismo judicial se materializa apenas quando há excessos, Soliano destaca “a ausência de controle reflexivo do momento criativo da aplicação da Constituição. Dito de outra forma, o excesso ou descontrole da concretização da Constituição advém da delegação à discricionariedade subjetiva do julgador”.⁵⁸⁹

Entretanto, diferentemente da visão sempre em prejuízo, daquela defendida por Elival da Silva Ramos,⁵⁹⁰ do ativismo judicial, Luis Roberto Barroso entende que “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.⁵⁹¹

Nesse raciocínio, o ativismo judicial permite um aumento da participação do Judiciário na realização de valores e objetivos constitucionais, inclusive diante de situações não reguladas legalmente, mas imperativas pelas disposições constitucionais. Maia identifica que “a tônica do conceito está na inovação no sistema jurídico através da interpretação de normas extraídas diretamente da Constituição – tanto princípios como regras – sem a existência de intermediação legislativa”.⁵⁹²

É certo que a sociedade espera dos juízes uma interpretação constitucional mais sincera. Nesse sentido, o Judiciário vê no ativismo judicial “um caminho para um Tribunal viver a sua obrigação de servir como cidadela da justiça pública”.⁵⁹³ A prática do ativismo

⁵⁸⁸ SOARES, José de Ribamar Barreiros. *Ativismo judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política*. 2010. 206 f. Dissertação (Doutorado) – Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) – UERJ, 2010. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/5244>. Acesso em: 10 jul. 2019. p. 1.

⁵⁸⁹ SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial no Brasil: uma definição. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 8, n. 1, p. 590-622, 2013. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5514/2937>. Acesso em: 15 jul. 2018. p. 609.

⁵⁹⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 308

⁵⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 280.

⁵⁹² MAIA, Vinícius Lins. *A legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal: contribuições para a prática do ativismo judicial*. 2014. Dissertação (mestrado) – Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/123950>. Acesso em: 24 maio 2019.

⁵⁹³ CHAVES, Marianna. *O reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro e a questão do ativismo judicial*. Disponível em: https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/02/2012_02_0739_0757.pdf. Acesso em: 12 jul. 2018. p. 746.

judicial é uma afirmação da democracia, pois corresponde a uma atividade interpretativa inerente à atividade decorrente da magistratura.⁵⁹⁴ Justifica-se a atuação do Poder Judiciário na condenação dos poderes públicos no que se refere às determinações de implementações de políticas sociais, por considerá-lo “protagonista e responsável pela harmonização da estrutura estatal, pela concretização dos direitos fundamentais e pela preservação da dignidade humana”.⁵⁹⁵ E, muito embora o ativismo possa aparentar riscos de excessos, inerente à própria atividade, não se deve enxergar tal postura com uma conotação sempre negativa.

A judicialização da política determinando a forma de execução da lei, garantindo o cumprimento das políticas públicas, buscando resolver os problemas com base no aspecto programático da nossa Constituição é uma face muito constante do Poder Judiciário, destacando que o ativismo judicial verifica-se neste “novo modo de dizer o direito pelo Poder Judiciário, ora fiscalizando, estabelecendo ou determinando a execução da lei, ora garantindo, esclarecendo, gerenciando e ordenando o cumprimento de políticas públicas, a fim de resolver problemas da realidade imediata”.⁵⁹⁶

Há quem defenda que o ativismo judicial seria uma escolha ou postura do julgador em ser mais participativo na busca por hermenêutica expansiva, que tem a finalidade de concretizar o valor normativo constitucional, com garantias de entrega do direito às partes de forma mais célere quaisquer litígios decorrentes da omissão ou lentidão do Legislativo ou Executivo.⁵⁹⁷

Logo, o ativismo judicial não se configura uma arbitrariedade ou mesmo violação ao princípio democrático ou separação de poderes, não sendo vontade exclusiva e pessoal do órgão jurisdicional, mas sim um imperativo decorrente do próprio sistema constitucional, principalmente o da inafastabilidade da jurisdição do art. 5º, XXXV, da vigente Constituição

⁵⁹⁴ RODRIGUES, Ana Luíza de Moraes. Ativismo judicial causas e fundamentos. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, 51, Brasília, 107 (1), jul.-dez. 2015. p. 141-152. Disponível em: <<https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/44/32>>. Acesso em: 10 jul. 2018. p. 145.

⁵⁹⁵ HARTMANN, Michéle Chalbaud Biscaia. Ativismo judicial e a concretização de prestações sociais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 9, n. 9, p. 155, 2011. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/54>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁵⁹⁶ BORGES, Felipe Dezorzi. Ativismo jurídico: expressão do acesso à Justiça e da cidadania ativa. *Revista da Defensoria Pública da União*, v. 1, n. 3, 2010. Disponível em: <http://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/dpu/article/viewFile/87/87>. Acesso em: 15 jul. 2018. p. 77.

⁵⁹⁷ ALKIMIN, Maria Aparecida; DUTRA, Lincoln Zub. O ativismo judicial como instrumento de transformação do Estado Democrático de Direito. *Revista Direito & Paz*, [S.l.], v. 1, n. 34, p. 304.

Federal.⁵⁹⁸ Isso porque, há legitimação para a atuação do Poder Judiciário no que se refere à análise de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, sendo que meras referências a maus comportamentos institucionais do Judiciário não se mostram suficientes para se caracterizar o ativismo judicial. A própria nação, como fonte única da Constituição originária, assim permitiu ao Judiciário essa função de guardar e analisar a conformidade das normas com a Constituição.⁵⁹⁹ O viés político também se faz evidente. A presença de elementos que demonstrem intercorrências da arte de governar também é mote utilizado para considerar a existência do ativismo e mesmo a sua necessidade.⁶⁰⁰

Sucintamente, destacou-se que o termo “refere-se a uma atividade atípica do judiciário no âmbito do poder decisório na arena política”.⁶⁰¹ Veja-se que, o ativismo é apresentado como uma atividade atípica, mas não necessariamente ilegítima.⁶⁰² Destaca-se que tal atividade é inclusive justificada em face da “necessidade de preenchimento de lacunas deixadas pelos poderes políticos, ao inaplicarem ou desrespeitarem garantias constitucionais previstas, de proteção de direitos fundamentais”.⁶⁰³

O Judiciário, assim, atua na garantia do mínimo existencial, que, em conjunto com os Direitos Fundamentais, refere-se à dignidade da pessoa humana. O Judiciário deve agir quando estiver em frente da demanda em que direitos fundamentais ou o mínimo existencial não estiverem sendo respeitados, mesmo que para isso interfira nas políticas públicas, sob pena de não cumprir seu papel constitucionalmente previsto. As necessidades sociais são imensuráveis e, não se vê procedimento, diverso de se recorrer ao Judiciário, para o

⁵⁹⁸ NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; MEDEIROS, Jackson Jackson Tavares da Silva de. Reflexões sobre o ativismo judicial. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ – RFD*, n. 27, jun. 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/12339/12541>. Acesso em: 11 jul. 2018. p. 167. No mesmo sentido: MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012. p. 16.

⁵⁹⁹ BRITTO, Carlos Ayres. Poder Judiciário: ativismo *versus* proatividade. *O Estado de S. Paulo*, 24.05.2015.

⁶⁰⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN – Forense, 2014. p. 165.

⁶⁰¹ LEON, Victor de Queiroz Barbosa; CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues de. *Ativismo judicial e federalismo fiscal: o comportamento do supremo tribunal federal*. 2009. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009. p. 48.

⁶⁰² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN – Forense, 2014. p. 165.

⁶⁰³ NINGELISKI, Adriane de Oliveira; BOTH, Laura Jane Ribeiro. *A judicialização da política, o ativismo judicial: desafios da democracia no Brasil*. Teorias do Direito e Realismo Jurídico. Curitiba: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito – CONPEDI, 2016. v. 2, n. 2, p. 191.

cumprimento, de forma sustentável, do mínimo existencial, em busca da melhoria da qualidade de vida da sociedade.⁶⁰⁴

Como conjunto da doutrina defensável do ativismo, Barroso destaca que “o fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais”.⁶⁰⁵ Carvalho apresenta que há mitos no ordenamento jurídico, como, por exemplo, mito da legalidade e da lei, que assumem função de controle, fiscalização e traz segurança ao aplicador da lei, que ao aplicá-la, mesmo que de forma cega e sem ponderações, sente-se mais confortável a aventurar “[...] por caminhos desconhecidos que sonham como paixões avassaladoras” do positivismo jurídico que ganha força nos julgados dos Tribunais pelo país.⁶⁰⁶

O ativismo judicial “quando bem compreendido, estimula a emergência de institucionalidades vigorosas e democráticas e reforça a estabilização da nossa criativa arquitetura constitucional”, e quando mal compreendido, seria sempre “propício à denúncia de um governo de juízes, de uma justiça de salvação, referida casuisticamente aos aspectos materiais em cada questão a ser julgada”.⁶⁰⁷

O conceito do ativismo também pode ser traduzido na “posição do Poder Judiciário de ir além dos limites constitucionais”.⁶⁰⁸ Pondera-se também a atuação sem prévia previsão legal de posturas mais incisivas do Poder Judiciário para enfrentar problemas não solucionados de forma satisfatória pelo Poder Legislativo, destacando que “outorga-se ao juiz um poder criativo que em última análise valoriza o compromisso constitucional da jurisdição,

⁶⁰⁴ LIMA JUNIOR, José Martins. *O ativismo judicial em favor da dimensão social e da dignidade humana*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-ativismo-judicial-em-favor-da-dimensao-social-e-da-dignidade-humana,56816.html>. Acesso em: 16 mar. 2018.

⁶⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 282.

⁶⁰⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

⁶⁰⁷ WERNECK VIANNA, Luiz. O ativismo judicial mal compreendido. *Boletim CEDES* [on-line], Rio de Janeiro, jul.-ago. 2008. p. 3-5. Disponível em: <http://www.cedes.iuperj.br>. Acesso em: 9 jul. 2019. p. 5.

⁶⁰⁸ SANTOS, Paola Lorena Pinto dos. Jurisdição e processo: a necessária superação do protagonismo e do ativismo judicial para a construção de um processo democrático. *Revista da ESMESC*, v. 22, n. 28, p. 193-210, 2015. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/127/106>. Acesso em: 15 jul. 2018. p. 201.

e isso ainda que não haja previsão legal que o autorize na respectiva atuação”.⁶⁰⁹ Também nessa linha de sequer haver limitação constitucional, destaca-se que a atuação ativista do Judiciário buscaria intensificar os valores constitucionais, sendo que “sua percepção ocorre na declaração de inconstitucionalidade de normas oriundas do Legislativo, na demarcação de condutas ao Poder Público, bem como na interpretação da Constituição, sem anuência do legislador, em situações não previstas pela Lei Maior”.⁶¹⁰

O aumento da atividade judicial para dentro das fronteiras do legislativo, para Abellán, é plenamente justificável e necessário, em face da constante necessidade de se implementar a Constituição, no que se refere aos direitos ali incorporados, impedindo eventuais agressões por parte do próprio legislador.⁶¹¹

A possibilidade não é nova, destaca-se que a origem da fundamentação encontra-se no modelo kelsiano, vez que toda aplicação do direito seria criação do direito, na medida em que as normas não conseguem incidir automaticamente sobre os fatos, mas dependem da redefinição de sentidos (trazendo as normas aos fatos), o que, dessa forma, faz surgir nova normativa.⁶¹²

Importante trazer que essas mudanças culturais, políticas e sociais, a supressão do tempo e espaço, verificadas durante o século XXI, impuseram, de início, um aumento nas atuações do Poder Legislativo e, posteriormente, uma incorporação da atuação supressiva da legislação pelo Poder Judiciário.⁶¹³ O fenômeno das inovações radicais é global.

Como es sabido la epistemología del siglo XX, discurrió en el marco de la confrontación de dos grandes modelos, el explicativismo (Descartes, Newton, causalismo, fisicalismo, empirismo, positivismo, neopositivismo)

⁶⁰⁹ RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. *Revista da AGU*, v. 9, n. 24, p. 83, 2010. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/download/218/143>. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁶¹⁰ MENEZES, Bruno Paiva. *Ativismo judicial: o Supremo Tribunal Federal estaria legislando? Caso dos mandados de injunção que regulamentam o direito de greve dos servidores públicos*. Monografia (especialização) – Curso de Política e Representação Parlamentar, Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), 2013. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/13716>. Acesso em: 15 jul. 2018. p. 17.

⁶¹¹ ABELLÁN, Marina Gascón. El papel del juez en el Estado de Derecho. In: ABELLÁN, Marina Gascón; FIGUEROA, Alfonso García. *La argumentación en el Derecho*. 2. ed. Lima: Palestra, 2005. p. 45. *Apud* ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006. p. 25, nota 40.

⁶¹² GONÇALVES, Guilherme Leite. Função interpretativa, alopoiese do direito e hermenêutica da cordialidade. *Revista Direito e Praxis*, Universidade do Rio de Janeiro – UERJ, v. 01, n. 01, p. 19-20, 2010.

⁶¹³ VIEIRA, André Luis. Ativismo judicial: evolução, relevância e limites. *Revista Brasileira de Direito Público (RBDP)*, [S.l.], ano 1, n. 3, p. 201-236, 2015. Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/3/2015_03_0201_0236.pdf. Acesso em: 7 jul. 2018. p. 209-210.

y su concepción monista del método, y el comprensivismo, vinculado em particular las ciencias humanas, que postulaba una perspectiva metódica pluralista (Dhilety, Weber, Schutz, Winch, Gadamer, Ricoeur) y privilegiaba la empatía, los procesos de socialización y la interpretación, como claves para comprender/conocer la conducta humana. Pero el advenimiento de las llamadas nuevas ciencias (teoría de sistemas, cibernética, neurociencias, autopoiesis) vino a proponer una nueva perspectiva epistemológica, que denominan “constructivismo radical”.⁶¹⁴

Entendimento menos utópico e mais atento à realidade faz entendermos que sim, eis que a lei precisa de validação pelo Poder Judiciário quando há controvérsias entre indivíduos e entidades sobre a aplicação da lei. A judicialização do direito nos dias atuais é evidente, sendo as fontes de jurisprudência vistas como uma fonte de direito.

É fato que a complexa atividade social de cultura evolui a partir de situações particulares e de contradições sempre latentes, sendo que, se apenas as regras gerais decidissem os casos particulares, para a evolução do regramento social, apenas com a edição de novas regras gerais se permitiria o avanço e sedimentação das relações sociais. Nesse raciocínio, o ativismo seria mais uma questão de “[...] grau de criação judicial do que propriamente uma novidade na gramática constitucional”.⁶¹⁵

Como as disparidades são inerentes à própria interpelação humana, não é possível que apenas uma atividade demorada e genérica, como a elaboração das leis, seja a única a tentar moldar as relações a permitirem a cooperação entre os indivíduos (vida em sociedade). Não se mostra viável que apenas o direito legislado seja a solução para os casos concretos apresentados, sendo necessária uma regra concreta, um novo direito, para cada caso, que pode inclusive valer como precedente.⁶¹⁶ Percebe-se no Brasil o que já era sentido em outros países, que dão primazia da jurisprudência em relação ao texto frio da lei, sendo que muitas vezes as obras doutrinárias, as aulas dos docentes do direito, são elaboradoras basicamente de reprodução de julgados dos tribunais.⁶¹⁷

A criação judicial do direito (legislação judicial) não tem ocorrência apenas na clássica hipótese de não haver regra jurídica anterior, situação que o julgador, por não poder se eximir

⁶¹⁴ CARCOVA, Carlos María. Hay una traducción correcta de las normas? *Revista eletrônica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L.Gioja- Facultad de Derecho – UBA, Buenos Aires, Argentina, n. 04, p. 37, 2009.

⁶¹⁵ PAULA, Daniel Giotti de. Uma leitura crítica sobre o ativismo e a judicialização da política. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 24.

⁶¹⁶ BRUTAU, José Puig. *La jurisprudencia como fuente del Derecho*. Barcelona: Bosch, s/d, p. 50.

⁶¹⁷ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p. 117.

de decidir, faria a integração da norma.⁶¹⁸ De fato, pode-se falar em uma legislação judicial quando nos deparamos como regramento dos informativos, enunciados de jurisprudência, de súmulas e de súmulas vinculantes que diariamente inundam o mundo jurídico, permitindo-se ter uma normatividade de decisões judiciais.⁶¹⁹

Permite-se ao juiz promover a justiça por meio do desenvolvimento aberto do direito, o que se contrapõe à concepção do direito meramente identificado com a lei e com a vontade do legislador.⁶²⁰ O juiz faria nascer o direito quando o aplica às situações concretas lhe apresentadas, concretizando-o para além sentido literal dos enunciados normativos, deixando de ser um mero reproduzidor da vontade do legislador. Gonçalves destaca a importância da atividade criativa do juiz, pois sua decisão deverá adequar os interesses do ordenamento jurídico, aos interesses da sociedade e conformar as normas aos princípios democráticos. Logo, todo magistrado desempenha um papel político na sociedade.⁶²¹

Assim, na aceção da criação judicial do direito, o verdadeiro legislador é aquele que tem competência absoluta para interpretar a lei quando esta traz enunciados abertos e referência a princípios jurídicos, o que é feito pelo julgador quando este entende ser esta ou aquela decisão correta e justa para cada situação hermenêutica.⁶²²

A hermenêutica jurídica adquire configurações diversas, consoante os processos de transformação da sociedade e do Estado.⁶²³ O ponto de partida da atividade hermenêutica seria a lei, que, após a intensa atividade de restrições, extensões, interpretações, subsunção a princípios, permite que se tenha um conteúdo, por muitas vezes totalmente novo a considerar o inicialmente preconizado.

Podemos considerar que a criação judicial do direito é atividade comum aos juízos e legisladores que atuam em momentos distintos e em forma conjunta,⁶²⁴ cabendo ao parlamento o monopólio da elaboração e redação das leis, e, ao julgador, o da interpretação da

⁶¹⁸ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito* – para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 70.

⁶¹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

⁶²⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 7. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2014. p. 521.

⁶²¹ GONÇALVES, Guilherme Leite. Função interpretativa, alopoiese do direito e hermenêutica da cordialidade. *Revista Direito e Praxis*, Universidade do Rio de Janeiro – UERJ, v. 01, n. 01, p. 20, 2010.

⁶²² LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 7. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2014. p. 398.

⁶²³ LAFER, Celso. Prefácio. In: RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 11.

⁶²⁴ ORTEGA, Manuel Segura. *La racionalidad jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 84.

lei. O ativismo, dessa forma, está relacionado ao processo de criação do direito, nas hipóteses em que a lei não se mostra suficiente.

O comportamento do juízo no processo faria nascer um direito judicial que seria “menos submisso às leis ou à doutrina estabelecida e às convenções conceituais”.⁶²⁵ Em outra análise, seria uma forma de hermenêutica expansiva, “cuja finalidade é a de concretizar o verdadeiro valor normativo constitucional, garantindo o direito das partes de forma rápida e atendendo às soluções dos litígios e às necessidades oriundas da lentidão ou omissão legislativa ou executiva”.⁶²⁶

Entretanto, essa atividade criativa parece não conseguir se dissociar da judicialização da política na solução dos conflitos, sendo que o referido mecanismo seria “cada vez mais utilizado para a solução dos conflitos, dada a inércia ou ineficiência dos outros Poderes [...]”.⁶²⁷ Nesse sentido, reconhecendo que em muitos casos a lei não se mostra suficiente ou é necessária uma específica interpretação, destaca que por ativismo judicial “entende-se o papel criativo dos tribunais ao trazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade do caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei”.⁶²⁸

A linguagem única que sempre demanda interpretação de todas as situações cotidianas que saltam aos olhos foi o que permitiu aos *homo sapiens* viverem em sociedade composta por numerosos indivíduos, fato que nos distingue dos outros *homos* e dos demais animais.⁶²⁹ E a atividade hermenêutica não pode ser dissociada das situações concretas e cotidianas vivenciadas pelos operadores do direito, que são consideradas quando da aplicação dos

⁶²⁵ LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo judicial. *BDJur*, Brasília, v. 5, 2008. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79068416.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2018. p. 3.

⁶²⁶ GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. *Revista RIDB*, Lisboa, ano 3, n. 5, 2014. p. 3463-3490. Disponível em: https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/05/2014_05_03463_03490.pdf. Acesso em: 9 jul. 2018. p. 3467.

⁶²⁷ CAVALCANTI, Alessandra Damian. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? O papel da corte constitucional nas omissões constitucionais – Mandados de Injunção n. 670, 708 e 712. *Revista de Direito Brasileira*, [S.l.], v. 16, n. 7, p. 79-95, abr. 2017. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3018>. Acesso em: 10 jul. 2018.

⁶²⁸ MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 16.

⁶²⁹ HARARI, Yuval Noah. *1976 – Sapiens – Uma breve história da humanidade*. Tradução Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2018. p. 36.

enunciados normativos, quase sempre gerais e abstratos. Sobre o tema, Gadamer⁶³⁰ destaca que “a distância entre a generalidade da lei e a situação jurídica concreta, que cada caso particular suscita, é essencialmente insuperável”.

O indivíduo, principalmente no início da modernidade, via-se de forma centrada e com certa estabilidade. Hoje, precisa assumir múltiplas identidades, até mesmo contraditórias entre si. As figuras de juízes, advogados, promotores, delegados, enfim, dos operadores de direito, pessoas que, muitas vezes, quando vestidos em suas “togas”, mudam completamente suas identidades pessoais.

Garapon destaca que “[...] o traje judiciário cobre um duplo corpo: o próprio corpo do personagem que o veste e o corpo invisível do social”.⁶³¹ E tal necessidade de incorporação da realidade vivida por cada operador se impõe, não diante da ausência de textos normativos, mas sim do excesso de leis, da regulação estatal que traz a reboque a constante necessidade de hermenêutica, eis que o excesso de leis acaba por enfraquecer o sistema e até mesmo trazer incertezas quanto à existência ou não de insegurança jurídica decorrente da atuação dos operadores do direito.⁶³²

Visto que o juiz atua na criação do direito, impõe-se identificarmos a maneira e os limites dessa atuação que, muitas vezes, depende do próprio tipo de norma que o juiz deve interpretar ou mesmo integrar. É certo que a atuação do juiz não deve ser meramente contemplativa, sendo ainda por demais conhecido diante da própria condição da racionalidade e paixões do ser humano que a atividade do juiz não se resume a uma atuação mecânica, sendo que, embora não exista pessoa totalmente imparcial, totalmente racional e distante dos fatos a serem analisados, em face da própria condição humana, os magistrados constantemente tentam dizer o contrário.⁶³³ Mas a atividade do aplicador do direito não pode ser realizada de forma indistinta a ponto de se inverter o próprio conteúdo da norma.⁶³⁴

Se já há comando, seja legal seja constitucional, para que os submetidos às regras do Estado, inclusive o próprio Estado, ajam buscando determinada finalidade, não se pode falar

⁶³⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. 5. ed. Salamanca: Sígueme, 1993. v. 1, p. 613; e GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. Tradução de Ênio Paulo Giachini, revisão da tradução por Márcia de Sá Calvancanti-Shuback, Petrópolis-RJ. Editora Vozes, 2004. p. 464.

⁶³¹ GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 85.

⁶³² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La seguridad Jurídica*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1994. p. 28-30.

⁶³³ GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 85.

⁶³⁴ BETTI, Emilio. *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975. p. 32.

que o juiz, ao impor a materialização de tal comando, estaria sendo ativista. Por exemplo, destacou-se que “podemos entender que o ativismo judicial, no sentido de afirmar uma ação para impor a execução de políticas públicas já determinadas pela Constituição e pelas leis, aptas à realização dos direitos fundamentais, realiza-se por meio de uma atividade estritamente judicial”.⁶³⁵ Em grande parte das vezes, o recurso aos princípios permitiria a atuação do juiz ou tribunal ditos ativistas. O ativismo brasileiro procura atentar para valores constitucionais, partindo de ponderação de princípios e fundamentando suas decisões por argumentação racional, com o fim de diminuir a eventual subjetividade dos julgamentos.⁶³⁶

Em face da gama variada de conceitos sobre ativismo geralmente relacionados à conduta do julgador, depara-se com um conceito relativo, a depender do tempo social em que se discute a decisão, visto que, “uma decisão que em um determinado tempo e lugar poderia ser classificada de ativista pode ser recebida como absolutamente ‘normal’ em outro, uma vez que estes conceitos são, conforme já dissemos, relativos”.⁶³⁷ Tenta-se apontar características comuns às decisões ditas como ativistas a fim de teoricamente trazer quais decisões estariam no campo do ativismo. Assim, a decisão ativista é aquela que possui uma ou mais das características de: a) aplicar normas constitucionais à situação que não está expressamente contemplada em seu texto; b) declarar inconstitucionalidade de atos normativos do Legislativo, com fundamentos menos rígidos do que a evidente violação da Constituição; c) determinar condutas ou abstenções ao Poder Público, em matéria de política públicas.⁶³⁸

Nesse contexto, a partir da delimitação trazida *supra*, proposta por Luis Roberto Barroso, quando o Judiciário busca efetivação das políticas públicas (seja determinando ação ou abstenção) visualizaremos uma decisão ativista. Por isso, no ativismo judicial haverá

⁶³⁵ CIARLINI, Álvaro Luís de Araújo Sales. Descrição e ativismo: desafios democráticos diante da expansão do poder judicial. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro, RIDB*, ano 1, n. 11, 2012. p. 6549-6578. Disponível em: http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/11/2012_11_6549_6578.pdf. Acesso em: 15 jul. 2018. p. 65.

⁶³⁶ TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norteamericana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 53, jun. 2011. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30764>. Acesso em: 16 jul. 2018.

⁶³⁷ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 1, n. 3, p. 123-140, 2014. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5839979>. Acesso em: 11 jul. 2018. p. 128.

⁶³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 281-282.

participação do juiz na formação da norma jurídica.⁶³⁹ O ativismo seria, portanto, “um modo criativo e expansivo de interpretar o direito, potencializando o sentido e o alcance de suas normas, para ir além da simples interpretação”,⁶⁴⁰ e, ainda, um “processo interpretativo mais criativo por parte do juiz de maneira a avançar e adaptar as normas ao processo de contingência da realidade, o que pode ser visto como um aval para uma sobreposição do Judiciário frente aos demais poderes”.⁶⁴¹ Teria o Poder Judiciário, nessa linha, com uma necessária atuação proativa e não restrita à letra da lei, a função de “efetivar as demandas sociais de interesse da coletividade, não extrapolando os limites impostos pela Constituição Federal”.⁶⁴² Isso porque, as decisões devem “[...] seguir critérios seguros, partindo da noção de integridade e coerência do direito e, jamais, das convicções do aplicador”.⁶⁴³

Deve-se ressaltar que o fato de uma decisão afetar questão política, por si só, não tem o condão de caracterizá-la como ativista, sendo que essa análise deve ocorrer a partir da atuação do Judiciário no caso concreto, ou seja, “o modo como desempenhará sua função no caso *sub judice* é que definirá a amplitude de sua conduta, sendo ela condizente ou não com o que lhe fora predestinado”.⁶⁴⁴ Há uma multiplicidade de sentidos atribuídos ao termo ativismo judicial, havendo ampla e divergente abordagem sobre a temática. Tassinari destaca algumas:

- a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de

⁶³⁹ NEGRELLY, Leonardo Araujo. O ativismo judicial e seus limites frente ao Estado Democrático. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza/CE*. Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 1.415-1.428, 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3684.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2018. p. 1419.

⁶⁴⁰ NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. *A judicialização da política no Brasil: análise das decisões do TSE e do STF sobre verticalização das coligações e fidelidade partidária*. Dissertação (Doutorado) – Instituto de Ciência Política da UnB, 2014. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/17464/1/2014_AmandinoTeixeiraNunesJunior.pdf. Acesso em: 9 jul. 2018. p. 34.

⁶⁴¹ RANGEL, Gabriel Dolabela Raemy. *A legitimidade do Poder Judiciário no regime democrático: uma reflexão no pós-positivismo*. São Paulo: Laços, 2014. p. 127-129.

⁶⁴² CALDAS, Alyne Mendes. Ativismo judicial: uma legitimidade necessária ou uma necessidade legítima? *Rev. de Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, Maranhão, v. 3 n. 2, p. 43-62, jul.-dez. 2017. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/teoriasdireito/article/view/2567/pdf>. Acesso em: 11 jul. 2018. p. 52.

⁶⁴³ ABBOUD, Georges. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. *Revista de Processo*, Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), v. 40, n. 242, p. 19-45, abr. 2015. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdp/wordpress/wp-content/uploads/Ativismo-e-Instrumentalidade-do-Processo-v.-digital.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2018. p. 5.

⁶⁴⁴ DUARTE, Hugo Garcez; COSTA, Igor Amaral da. Uma análise contemporânea da teoria da tripartição de poderes e dos conceitos de judicialização da política e ativismo judicial. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 151, ago. 2016. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17702&revista_caderno=9. Acesso em: 12 jul. 2018.

gerenciamento processual do julgador, dentre outras. Ressalte-se que, apesar de ser possível identificar essas tendências no contexto da doutrina brasileira, fica difícil de encontrar o que se poderia chamar de posicionamentos puros.⁶⁴⁵

De certa forma, há impossibilidade em trazer a definição exata do ativismo, pelo menos sob a ótica de controle de constitucionalidade, eis que: faltam critérios quantitativos (frequência de declarações de inconstitucionalidade) e qualitativos, para identificar as decisões ativistas. Qualquer estudioso sobre ativismo judicial logo percebe que não há clareza, delimitação precisa quanto ao tema, dificultando inclusive, o combate pontual às críticas de decisões ativistas.

Enquanto perdurar alguma confusão sobre a conceituação sobre o tema, persistirão os posicionamentos baseados na subjetividade, com a utilização do termo

“ativismo” [...] como termo pejorativo para desqualificar decisões ou tribunais contrárias a certas posições políticas, em particular rejeitando as posturas progressistas dos tribunais. Tais definições não promovem o debate sobre a legitimidade da atuação do Judiciário no controle de constitucionalidade.⁶⁴⁶

Logo, o ativismo judicial ora é recebido como atitude bem vinda ora não. Saul Tourinho Leal pondera:

Não precisamos investir tanta tinta transcrevendo observações dos autores nacionais quanto ao termo ativismo judicial. Veremos longas passagens de autores renomados a nos falar acerca dessa ou daquela acepção do termo ativismo judicial. No entanto, de todos os conceitos formulados, temos que a abordagem mais interessante sobre o termo ativismo judicial é da autoria do professor Luís Roberto Barroso. Sem dúvidas, a mais genial: “[...] é importante observar que ativismo é como colesterol: tem do bom e tem do ruim.” Nada poderia ser mais didático.⁶⁴⁷

Pois bem, independentemente de a classificação do ativismo judicial ser bom ou ruim, já que se encontram argumentos contrários (destacando, entre outros, o de que não é possível uma decisão permear a esfera política) e argumentos positivos (esta postura judicial ser

⁶⁴⁵ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 19.

⁶⁴⁶ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gaspareto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 460.

⁶⁴⁷ LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 124.

necessária para a garantia da democracia⁶⁴⁸), o que se defende nesta tese é pela sua necessidade diante do cenário atual, de imperiosa efetivação dos direitos fundamentais pelas políticas públicas. Inclusive porque, o que se comumente denomina de ativismo judicial é a aproximação da jurisprudência e da lei.

A ausência de vinculação do juiz eis que não é avaliado pelo voto, enfim, a imparcialidade e independência do juiz são fatores que o habilitam a agir inclusive em favor de minorias e contrário à maioria, sendo certo que a democracia não pode significar a tirania da maioria⁶⁴⁹ e nem mesmo os direitos fundamentais da pessoa humana podem aguardar pela iniciativa de ação do Executivo ou Legislativo.

3.3 HERMENÊUTICA JURÍDICA E O ATIVISMO JUDICIAL

Necessário se faz percorremos os institutos de interpretação e integração, pois esses serão o ponto de partida para saber que uma decisão ativista está integrada ao ordenamento jurídico (balizada por técnicas interpretativas das normas) ou se ali há extrapolação dos limites impostos pelo sistema jurídico, sob pena de não haver a harmonia necessária entre os Poderes.

Cada ciência se vale de determinados métodos, modos de proceder, no sentido da obtenção de respostas às questões por ela suscitadas. Karl Larenz entende que a ciência do Direito consiste na resolução de demandas jurídicas de casos concretos e a partir de um ordenamento jurídico preestabelecido, criado a partir da evolução histórica da sociedade, designado de Jurisprudência.⁶⁵⁰

Doravante o século XVI, a ciência jurídica passou por alterações significativas. Essas transformações fazem parte não apenas da evolução política e social ocorrida à época, mas também das críticas humanistas tradicionais da época e com o surgimento de um novo paradigma, o racionalismo. Deveras, as mutações ideológicas e políticas dessa época possuem

⁶⁴⁸ NEVES, Terran. Processo civil democrático: ativismo judicial frente às provas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 54, n. 215, p. 97-115, jul./set. 2017. Disponível em: www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/536837/001109474.pdf?sequence=1. Acesso em: 7 mar. 2019.

⁶⁴⁹ SILVA, Diogo Bacha e. Ativismo judicial ou contrarrevolução jurídica? Em busca da identidade social do Poder Judiciário. *Revista de Informação Legislativa*, v. 53, n. 210, p. 174, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/522904/001073201.pdf?sequence=1>. Acesso em: 7 mar. 2019.

⁶⁵⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2014. p. 1.

em comum o desequilíbrio no universo medieval e também o advento de novos entendimentos, sendo um deles o mais importante: o humanismo,⁶⁵¹ o qual consiste em “um movimento crítico contra a situação de crise social generalizada que existiu no final do período da Idade Média”.⁶⁵²

Falar em ciência pode significar inúmeras coisas, mas, entre elas, é possível estabelecer dois sentidos principais, o subjetivo e o objetivo. “A ciência entendida subjetivamente não é senão um conhecimento sistemático”. Objetivamente, entende-se a ciência como sabedoria, ou seja, particularidade do indivíduo. As pessoas que possuem uma ciência são capazes de compreender e realizar ações, dessa forma, a ciência consiste em “uma aptidão especial, naturalmente unida a um conhecimento próprio, neste caso o conhecimento de muitas leis”. Por outro lado, a compreensão subjetiva da ciência vai além, consiste em um “conhecimento sistemático”. Não são todos os indivíduos que têm conhecimento sobre determinado assunto, “mas apenas aquele que o penetrou sistematicamente e que, além dos detalhes, conhece as conexões dos conteúdos”.⁶⁵³

Dessa forma, é necessário analisar como seria para conceber a ciência do Direito. Nesse sentido, observa-se a implementação “não voltada ao eventual meio auxiliar da literatura, um sistema puro como fundamento; e voltada a ditos meios auxiliares”.⁶⁵⁴ As orientações normativas para a produção científica devem ser encontradas em um método diverso, em razão disso, é a partir do método absoluto que se inicia essa construção. Entretanto, nesse âmbito ainda é preciso notar a necessidade de implantar normas a fim de que a elaboração absoluta e formas auxiliares se relacionem. Para melhor elucidação, Savigny divide a metodologia jurídica em três: “metodologia absoluta; metodologia do estudo literário da jurisprudência; metodologia do estudo acadêmico”.⁶⁵⁵ Os acontecimentos se aprisionam a convicções clássicas e a divergência entre teorias e fatos pode ser indício de evolução. Isso

⁶⁵¹ Leitura interessante acerca da necessidade do resgate dos ideais de iluminismo (“também chamado de iluminismo, sociedade aberta liberalismo cosmopolita ou clássico”) In: PINKER, Steven. *O novo iluminismo*. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo. Tradução Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

⁶⁵² GORDILLO, Agustin. *Metodo en Derecho*: aprender, enseñar, escribir, crear, hacer. Madrid: Editorial Civitas, 1988. p. 32. Tradução livre.

⁶⁵³ BOCHENSKI, I. M. *Los métodos actuales del pensamiento*. Tradução Raimundo Drudis Baldrich. Madrid: Ediciones Rialp, 1979. p. 29-30.

⁶⁵⁴ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia jurídica*. Tradução para o português Hebe A-M. Caletti Marengo; adequação linguística Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas: Edicamp, 2001. p. 17.

⁶⁵⁵ Idem, ibidem.

também pode corresponder a uma primeira tentativa de identificar os princípios implícitos a partir das noções comuns.⁶⁵⁶

Tomando-se como marco a Declaração de Direito Norte-Americano, já se percebia ali que alguém deveria decidir sobre os princípios e direitos apregoados e que seria por demasiado despótico deixar ao legislador a atribuição de elaborar, alterar, revogar e interpretar as leis. A tarefa de interpretar coube, assim, a um estranho ao parlamento, o julgador, despido, em regra, de motivações políticas e sem deter o comando sobre os tributos e o poder militar.

Os casos de confrontação de atos do Legislativo, do Executivo e do Poder Judiciário, com as disposições da Constituição, ainda que esta seja genérica, parece ser senso comum de que o que a Constituição norte-americana, em suas poucas páginas quis dizer, é o que as milhares de páginas provenientes de decisões da Suprema Corte têm dito em mais de 200 anos de análise de casos lhe apresentados.

A Constituição escrita norte-americana, mesmo com textos sucintos e abertos, está regulando há séculos as divergências humanas, o que é possível em face da mutação da interpretação constitucional, feita por um órgão que está de fora dos Poderes constituídos em uma posição institucional e política privilegiada, que sempre traz todos à obediência das normas constitucionais.⁶⁵⁷

A base da interpretação constitucional são seus princípios com linguagem aberta, indeterminada e com vários significados. Nesse contexto, entende Konrad Hesse que o ato de interpretação não tem limites.⁶⁵⁸ Também, Pekelis apresenta que a liberdade de interpretação de um texto constitucional escrito equivale a “[...] autorizar a criação judicial do direito, e da própria Constituição, pois a tanto equivale deixar que os juízes definam o que seja cruel, razoável, excessivo, devido ou talvez igual”.⁶⁵⁹ Assim, a considerar o ativismo judicial como fruto da hermenêutica jurídica, uma forma de integração da legislação, necessário, mesmo que

⁶⁵⁶ FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Tradução Octanny S. da Mota e Leonidas Hegenberg. Rio de Janeiro: F. Alves, 1977. p. 77.

⁶⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, v. 3, p. 38, 1961.

⁶⁵⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 421.

⁶⁵⁹ PEKELIS, Alexander. *La tecla para una ciencia jurídica estimativa*. El actual pensamiento jurídico norteamericano. Buenos Aires: Losada, 1951. p. 125.

de forma sucinta, percorrer a análise da hermenêutica e as metodologias interpretativas do direito.

A atividade hermenêutica não é estática, sendo que o próprio texto da lei, conforme destaca Gadamer, mostra-se sempre em alteridade.⁶⁶⁰ E mais, em uma sociedade globalizada, onde as várias culturas se misturam, cabe às Cortes Constitucionais nacionais e internacionais se debruçar sobre temas não pensados previamente pelo legislador.

Recorda-se que o legislador, que possui a missão (de certa forma considerada impossível) de conciliar liberdade e igualdade, de trazer a justiça, conceito que historicamente pode até ser questionado, em face das sucessivas ordens imaginadas para permitir a vida em cooperação pelos humanos,⁶⁶¹ sendo que esta cooperação, seja ela proveniente de direito e moral, exige também uma busca cooperativa pela verdade, sendo este o próprio propósito da atividade judicial⁶⁶² que ao final apenas é manifestação do poder inerente da própria coabitação dos *homo sapiens* em sociedade.

O processo interpretativo, integrante do próprio processo legislativo,⁶⁶³ é essencial para se verificar os eventuais limites (se é que existem) da atuação hermenêutica do Poder Judiciário. Considerando-se a possibilidade de que pode haver desenvolvimento das leis por parte dos juízes, há a necessidade de se definir os critérios que permitiriam um desenvolvimento adequado de tal atividade,⁶⁶⁴ para se evitar cair em subjetivismos, o que só faz crescer a insegurança jurídica e acarreta disfunções na dinâmica social em face da ausência de um caldo seguro de jurisprudência.

Por outro lado, decidir sempre vem com carga de subjetivismo, o que é inerente à condição de ser humano. Por certo que esta parcela de subjetivismo não pode ser de tal forma que esteja à revelia do texto normativo, mas também, não se pode eximir a sua existência. De

⁶⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. 5. ed. Salamanca: Sígueme, 1993. v. 1, p. 335-340; e GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. Tradução de Ênio Paulo Giachini, revisão da tradução por Márcia de Sá Calvancanti-Shuback. Petrópolis-RJ. Editora Vozes, 2004. p. 123.

⁶⁶¹ HARARI, Yuval Noah. *1976 – Sapiens – Uma breve história da humanidade*. Tradução Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2018. p. 184.

⁶⁶² HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1988. v. 1, p. 60.

⁶⁶³ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. A interpretação como parte integrante do processo legislativo. *Revista do Serviço Público*, ano V, v. IV, n. 3, p. 121, dez. 1942.

⁶⁶⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 65, jan./jun. 2012. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/04_rev15_059-086_-_estefania_maria_de_queiroz_barboza_0.pdf. Acesso em: 14 mar. 2018.

fato, necessário se faz lidar com esta realidade, buscando uma equidistância do julgador, já que a pura neutralidade não existe.⁶⁶⁵ No que se refere aos limites da discricionariedade no decidir e interpretar as normas, o julgador sempre deverá respeitar os limites da separação dos poderes e das exigências da democracia, não excluindo, portanto, a vontade dos outros Poderes. Nesse sentido, uma decisão constitucional poderá ser desmerecida pela prática da invasão da legitimidade dos demais Poderes. A partir desse raciocínio, a margem da discricionariedade do movimento da decisão também dependerá de argumentações.⁶⁶⁶

Atualmente, a hermenêutica é reconhecida como forma de interpretação. Ela tem como objeto a investigação e coordenação de forma sistemática de todos os princípios, leis e conceitos jurídicos que disciplinam um conteúdo, com o fim de interpretação e aplicação do direito. Consiste, portanto, “[...] na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam”.⁶⁶⁷

Àqueles que procuram dar uma interpretação inovadora, a intangibilidade normativa não é suficiente, tornando-se imprescindível a “fecundidade hermenêutica”, a qual levará a materialização real do Direito. Boécio acreditava que a interpretação poderia, em qualquer momento, significar “alguma coisa por si mesmo”, já Savigny dava importância à aceção precisa/literal da norma, ou seja, “interpretar era determinar o sentido expresso na norma”.⁶⁶⁸ O próprio termo interpretação não é de interpretação uniforme. Por exemplo, o termo pode ser utilizado para expressar o resultado do sentido e alcance da prescrição jurídica.⁶⁶⁹ Veja que, nesse raciocínio, a interpretação pode ser tida como uma atividade, um meio para alcançar o resultado pretendido.

Também, pode-se dizer que a interpretação pode ser um conjunto de atividades intelectuais para identificar qual norma se aplicar num caso concreto.⁶⁷⁰ Ou ainda, é “[...]”

⁶⁶⁵ CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. Constituição e ativismo judicial uma perspectiva interdisciplinar. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e Ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 272.

⁶⁶⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 401.

⁶⁶⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. p. 138

⁶⁶⁸ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia jurídica*. Tradução para o português Hebe A-M. Caletti Marengo; adequação linguística Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas: Edicamp, 2001. p. 9-11.

⁶⁶⁹ MACHADO, Hugo de Brito. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 188.

⁶⁷⁰ ROQUE, Sebastião José. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2004. p. 109.

desvendar os mistérios de uma norma jurídica”;⁶⁷¹ e, por fim, interpretar seria “[...] reconstruir um espírito que, por meio da forma de representação, fala ao espírito do intérprete como fenômeno inverso do processo criativo”.⁶⁷² Sobre o conceito de interpretação jurídica, Serrano trata-se da “essência da teoria do direito, pois com ela buscamos o sentido, alcance e finalidade da norma nos textos legais”.⁶⁷³ Sentido, alcance e finalidade da norma, que, para serem auferidos, devem-se seguir determinadas regras, sob pena de se cair no subjetivismo inerente a cada um dos seres humanos que se mostra insuficiente para fazer com que os humanos ajam de forma colaborativa.⁶⁷⁴

Vislumbra-se, dessa forma, a importância de se estudar as técnicas de interpretação. Pode-se trazer que são quatro as formas de interpretação mais tradicionais: a) gramatical; b) lógica; c) sistemática; e d) histórica. No entanto, assevera Savigny que se deve ter consciência “[...] de que interpretar é um ato de serviço, pois a lei deve existir para servir o homem e não para escravizá-lo”.⁶⁷⁵

A interpretação das regras jurídicas é como uma ciência que busca extrair a real intenção na norma que está sendo interpretada,⁶⁷⁶ pontuada que a atividade interpretativa não é uma conduta fria e matemática, pois as influências que operam na formação pessoal de cada magistrado irão interferir na condução de seu julgamento. Também, com o reconhecimento do caráter normativo aos princípios e sua concretização pelo Judiciário, as decisões judiciais expandem sua atuação.⁶⁷⁷

A tarefa de interpretação dos indivíduos como um todo,⁶⁷⁸ eis que a eles são direcionadas, para fins de que estejam orientados a agir de determinada forma e, caso mediante atividade cognitiva, optem por não agir daquela forma prevista, estejam cientes das

⁶⁷¹ BRANCO, Luiz Carlos. *Manual de introdução ao direito*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2003. p. 85.

⁶⁷² SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de teoria geral do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 319.

⁶⁷³ SERRANO, Pablo Jiménez. *Interpretação jurídica*. São Paulo: Desafio Cultural, 2002.

⁶⁷⁴ SECCO, Orlando de Almeida. *Introdução ao estudo do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004: “[...] interpretar significa buscar-se o verdadeiro sentido, ou seja, desvendar-se o conteúdo de algo”.

⁶⁷⁵ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia jurídica*. Tradução para o português Hebe A-M. Caletti Marengo; adequação linguística Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas: Edicamp, 2001. p. 9-11

⁶⁷⁶ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

⁶⁷⁷ Idem, *ibidem*.

⁶⁷⁸ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 28. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 419: “Passar do texto abstrato ao caso concreto, da norma jurídica ao fato real, é tarefa do aplicador do direito, seja ele juiz, tabelião, advogado, administrador ou contratante”.

consequências trazidas pelo corpo social para quem não esteja agindo de forma colaborativa. A interpretação, uma técnica de hermenêutica, quando tem por objeto uma lei, temos a hermenêutica jurídica,⁶⁷⁹ que é tarefa de todos, embora alguns tenham a palavra final, materializando o “verdadeiro sentido” da norma. Nessa linha, há regras que a atividade de hermenêutica impõe.⁶⁸⁰ Busca-se o conhecimento científico.⁶⁸¹ Embora possam haver dúvidas sobre o aspecto científico da interpretação das normas, eis que há questionamentos sobre o próprio Direito ser considerado como ciência, é certo que a atividade de interpretação é indissociável para a aplicação do Direito. Aplicá-lo a uma situação imaginada decorrente de um fato significa interpretá-lo.⁶⁸²

A tarefa não é fácil, o Direito, assim como o dinheiro, a Religião, o reconhecimento dos Estados, a Propriedade, os Direitos Humanos, entre diversos outros institutos, foram necessidades verificadas ao longo da trajetória do homem sempre com o objetivo de fazê-lo atuar em cooperação com os demais. O próprio direito é fruto da imaginação. O mundo real em grande parte é fruto da imaginação do homem. Então há espaço para o direito, com difícil tarefa de fazer a ponte entre “o abstrato ao mundo real” ou mesmo “revelar seu sentido apropriado para a vida real”.⁶⁸³

Pode-se assim dizer que a interpretação busca dar uma uniformidade às diversas formas de imaginações. Em linguagem mais técnica e jurídica, “[...] interpretar é apreender ou compreender os sentidos implícitos nas normas jurídicas”.⁶⁸⁴ E esse sentido na maioria das vezes como a vontade do elaborador da regra, que seria a vontade universal. Nesse sentido, “a finalidade da interpretação jurídica é constatar a vontade do autor da norma, tal como esta foi fixada em dispositivos jurídicos”.⁶⁸⁵

⁶⁷⁹ EIRÓ, Pedro. *Noções elementares de direito*. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1997. p. 156.

⁶⁸⁰ FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 11. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 21.

⁶⁸¹ FRIEDE, Reis. *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 148: “A interpretação é, assim, por efeito conclusivo, a crítica interna da lei, que lhe permite uma verdadeira ‘transparência’, com o consequente conhecimento científico da norma jurídica, em todas as suas dimensões, em pleno e necessário complemento ao próprio estudo da norma jurídica em termos gerais”.

⁶⁸² SHNAID, David. *Filosofia do direito e interpretação*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 269.

⁶⁸³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 175.

⁶⁸⁴ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito: (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política)*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 9.

⁶⁸⁵ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 142.

Dessa forma, a interpretação cerca o ser humano em todos os aspectos. Há ficções por todos os lados, sendo as ficções jurídicas as mais evidentes eis que são elas que impõem a observância de determinados comportamentos para que se consiga no ciclo, que pode até ser chamado de natural no fluxo do desenvolvimento da humanidade. A essência da interpretação é permitir entender o objeto, fazendo-o ser integrado ao plano do entendimento.⁶⁸⁶ A própria verificação de que determinada norma é aplicável a determinado caso depende de interpretação, “[...] quando temos diante de nós um caso concreto e vamos buscar no ordenamento jurídico a norma abstrata que lhe deve ser aplicada, já estamos perto de uma interpretação do direito, exatamente na escolha do mandamento aplicável”.⁶⁸⁷

Ocorre que, mesmo que seja atividade decorrente diretamente da imaginação passível de constante alteração e não de eventos da natureza, estes mais certos e independentes de qualquer vontade humana, salvo a certeza de que o ser humano, caso queira, pode destruir a natureza, ainda que com isso destrua a si próprio, o que demonstra que a “inteligência” muitas vezes é difícil de ser entendida como tanto. Mas de qualquer forma, interpretar está no campo imaginário, o que traz a difícil missão de buscar o “verdadeiro” sentido das coisas.⁶⁸⁸

Parece haver unanimidade entre os autores sobre a existência de um verdadeiro sentido.⁶⁸⁹ Interpretar seria “fixar o seu verdadeiro sentido e alcance”.⁶⁹⁰ Assim, a interpretação da norma jurídica é a atividade de encontrar o seu verdadeiro sentido, e, assim, identificar a qual caso é possível a sua aplicação.⁶⁹¹ É a forma pela qual consegue extrair da norma, tudo o que nela contém, revelando seu sentido apropriado na vida real,⁶⁹² fixando o seu alcance e extensão.⁶⁹³

⁶⁸⁶ NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 263: “Quem interpreta busca captar do objeto de interpretação sua essência e colocá-la de forma traduzida como um novo plano de entendimento. Em outras palavras, interpretar é extrair do objeto tudo aquilo que ele tem de essencial”.

⁶⁸⁷ POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 305.

⁶⁸⁸ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 263.

⁶⁸⁹ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 127; GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 223.

⁶⁹⁰ BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições propedêutica jurídica tridimensional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 376.

⁶⁹¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 177.

⁶⁹² DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito, introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 449.

⁶⁹³ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 28. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 419.

Essa interpretação das normas torna-se mais árdua, porém, quando se trata de normas abertas com diversos princípios, já que existem inúmeros princípios com *status* constitucional e com eficácia normativa, não só ditando regras de conduta, mas com conteúdos finalísticos, fazendo com que o intérprete “[...] não se resuma à de boca que pronuncia as palavras da lei”.⁶⁹⁴

Imagina-se que deva existir um sentido (mesmo que, por vezes não seja claro) nas manifestações humanas e nas normas jurídicas. Até porque necessário uma unidade para que o homem continue a conviver com o outro em atividade de cooperação, partilhando dos mesmos anseios e crenças. Nessa linha coerente a apresentação de Ferraz Júnior quando identifica que a interpretação é captar o dever-ser imposto para o ser humano existente na mensagem normativa, ressaltando que “o que se busca na interpretação jurídica é, pois, alcançar um sentido válido de uma comunicação normativa, que manifesta uma relação de autoridade”.⁶⁹⁵

Interpretação, em referência a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann,⁶⁹⁶ nada mais é do que a unidade de diferença entre texto e escritura ou entre interpretações possíveis e interpretação consumada. Enquanto que a argumentação é a unidade de diferença entre razão e erro. A interpretação pode ser trabalhada tanto no nível de observação de primeira ordem quanto no nível de observação de segunda ordem. Enquanto que a argumentação somente pode ser trabalhada em nível de observação de segunda ordem, porque a argumentação nada mais é do que a comunicação de interpretações. Então, estando no nível de comunicação, nós estaremos falando de observação de segunda ordem. A relação entre interpretação, argumentação e decisão é intercambiável, uma pressupõe a outra. Tanto que falar em decisão judicial é falar em alternativas de interpretação argumentáveis.

No mesmo sentido, Maximiliano arremata que “interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou

⁶⁹⁴ PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 33.

⁶⁹⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 216.

⁶⁹⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução para o espanhol de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. Cidade do México: Ed. Herder, 2005. p. 507-566.

norma,⁶⁹⁷ tudo o que na mesma se contém”.⁶⁹⁸ Arrematou-se que “a interpretação procura elucidar o texto obscuro, retificar as imperfeições de um texto e adaptá-lo à aplicação, resolver as contradições, estender a aplicação de um texto para cobrir as lacunas da lei”.⁶⁹⁹

Percebe-se que ninguém diverge sobre a necessidade de reconhecimento de um sentido real ou verdadeiro à norma. E não tem como ser diferente. Ao se buscar que o homem atue em determinada direção, que deve ser a mesma para todos, sob pena de trabalhar contra a própria necessidade de atuação colaborativa entre os indivíduos. Isso porque a lógica intrínseca e necessária da norma é se dirigir a todos que estejam em determinada situação. Por isso são formuladas em termos genéricos e abstratos, permitindo a aplicação a pessoas que se encontrem em uma mesma situação fática.⁷⁰⁰

Nessa linha, para a busca da mensagem contida, vários critérios são utilizados, uns imaginados, outros, em tese, incorporados das ciências exatas, assim, a interpretação

consiste na busca do verdadeiro sentido das coisas e para isto o espírito humano lança mão de diversos recursos, analisa os elementos, utiliza-se de conhecimentos da lógica, psicologia e, de conceitos técnicos, a fim de penetrar no âmago das coisas e identificar a mensagem contida.⁷⁰¹

Por outro ângulo, no formalismo, a interpretação pode ocorrer de duas formas. Primeiramente, a linguagem por si só, de forma a observá-la sintaticamente, ou seja, “regras que se referem exclusivamente à forma material dos sinais e nunca ao seu significado”; em contrapartida, na maior parte das situações, na interpretação atenta-se à linguagem a partir de um conteúdo, “uma ordem de significados para sinais”. Entretanto, “linguagem e interpretação são independentes entre si”, até determinado momento. Ainda é possível afirmar

⁶⁹⁷ ROQUE, Sebastião José. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2004. p. 109.

⁶⁹⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 7.

⁶⁹⁹ ROQUE, Sebastião José. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2004. p. 109.

⁷⁰⁰ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 28. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 419; SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de teoria geral do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 335; EIRÓ, Pedro. *Noções elementares de direito*. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1997. p. 157; SECCO, Orlando de Almeida. *Introdução ao estudo do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 204. No mesmo sentido: MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 136: “Por mais rudimentar que possa ser, o método gramatical corresponde ao contato inicial que o intérprete tem com a norma jurídica, pois o primeiro processo a ser utilizado é o de estabelecer o sentido literal das palavras”.

⁷⁰¹ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 263.

que a interpretação sintática deve vir antes da interpretação, e não ao contrário, no sentido de afirmar que “uma linguagem pode ser construída sem dar interpretação”.⁷⁰²

O propósito da interpretação legal constitui a partir da criação da lei. Isto é, quem interpreta precisa estar apto a tomar o lugar de quem legislou daquela forma a fim de que assim possam ser construídas suas próprias concepções. Para isso é necessário que se formem elementos, a saber, “um elemento lógico, um elemento gramatical e um elemento histórico”. Dessa feita, para que se possa alcançar o que se pretendia com aquela normativa, faz-se necessário que o intérprete conheça as circunstâncias históricas e particularidades do nascimento da norma jurídica.⁷⁰³

As normas são constituídas a partir de seu texto e estão relacionadas com as interpretações objetivas deste. Como resultado, “os postulados fundamentais do método legal se baseiam em fundamentos filosófico-linguísticos. O intérprete da lei procura descobrir, em suma, o significado de um texto”.⁷⁰⁴ Ainda vinculado “à concepção de SAVIGNY e de PUCHTA, WINDSCHEID vê o Direito como algo histórico e simultaneamente racional” em vez de entender que a razão é objetiva, de forma a passar à compreensão intrínseca das organizações jurídicas, baseados no fundamento “de princípios jurídicos fundamentais que, embora possam variar historicamente, determinam, como força interior que são do espírito (objectivo), o pensamento de toda uma época da cultura”, compreende de forma subjetiva assemelhando-se ao legislador quando demonstra sua intenção racional.⁷⁰⁵

Isso porque, as leis são criadas a partir de uma concepção histórica naquele momento em que se encontram da mesma forma que a jurisprudência. Desse modo, somos levados ao conceito de uma história do direito que, por sua vez, está relacionada exatamente com a história dos próprios Estados e de seus povos, já que a legislação é uma ação do Estado. Entretanto, a significação corriqueira da história do direito é demasiadamente restrita, uma vez que é tida como uma parcela da evolução do próprio Estado e não tinha sua individualidade observada de forma que eram apenas relacionadas às modificações inseridas.

⁷⁰² BOCHENSKI, I. M. *Los métodos actuales del pensamiento*. Tradução Raimundo Drudis Baldrich. Madrid: Ediciones Rialp, 1979. p. 74-75.

⁷⁰³ LARENZ, Karl. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 10-11.

⁷⁰⁴ GORDILLO, Agustín. *Método en derecho*: aprender, enseñar, escribir, crear, hacer. Madrid: Civitas, 1988. p. 18.

⁷⁰⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 35-36.

O sistema deve ser concebido em um constante progresso e relacionar-se com o todo, não elaborando somente questões isoladas do direito. Essa composição da jurisprudência requer diferentes realizações, é necessário que a exegese seja o ponto de partida para se iniciar um relacionamento dela com o sistema, daí sendo criada a concepção histórica. A legislação precisa estar alheia aos seus princípios *sui generes*, a fim de que se manifeste sua real associação, dessa forma, depois de dada a devida visibilidade ao sistema, este será capaz de ser inserido em intervalos específicos delimitados, de acordo com a ordem cronológica.⁷⁰⁶

Os magistrados não têm como escopo, ao menos em tese, o aperfeiçoamento da legislação, modificando-a, mas sim de encontrar formas de efetivá-la, de forma que não seja realizado um aprimoramento das normas, posto que isso é função do legislador, e não dos juízes. Todavia, Savigny⁷⁰⁷ acredita na aplicação analógica das leis, o que significa o descobrimento desta quando não for possível ser identificado um caso especificamente prescrito em lei, ou alguma normativa especial que delibere sobre situações parecidas, assim, com a analogia será possível encontrar uma norma que possibilite a resolução do caso concreto. “Este processo virá a distinguir-se do rejeitado processo de interpretação restritiva ou extensiva, na medida em que com ele nada se acrescenta à lei, antes é a legislação que por si própria se complementa”.⁷⁰⁸

Nesse sentido, é necessário que se entenda que a interpretação realizada por meios históricos e sistêmicos concebe a utilização de princípios fundamentais para a compreensão da jurisprudência. Entretanto, essas informações, as quais deveriam ser consideradas de forma alheia a esses fatos, estão sendo apresentadas distorcidamente, uma vez que as “dissertações acadêmicas estão preocupadas quase unicamente com a apresentação do sistema, de resultados, o ouvinte deve fazer uso dela e vincular-lhe sua própria interpretação”. Isto é, a intenção deveria ser, na realidade, não apenas confiar em tudo que é dito, mas comprovar aquelas informações.⁷⁰⁹

⁷⁰⁶ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia jurídica*. Tradução para o português Hebe A-M. Caletti Marengo; adequação linguística Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas: Edicamp, 2001. p. 6-7.

⁷⁰⁷ Idem, ibidem.

⁷⁰⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 12.

⁷⁰⁹ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia jurídica*. Tradução para o português Hebe A-M. Caletti Marengo; adequação linguística Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas: Edicamp, 2001. p. 90.

Assim,

um positivismo legal racionalista, moderado pela crença na razão do legislador, o que se exprime em WINDSCHEID e na geração dos juristas por ele influenciados: se o Direito é, sem dúvida, essencialmente equiparado à lei, esta compreende-se como expressão, não já do puro arbítrio, mas da vontade racional – nas ponderações racionais que a orientam e nas perspectivas racionais em que se apoia – de um legislador histórico e, ao mesmo tempo, idealizado. Outro tanto acontece com o método proposto por WINDSCHEID para a integração das lacunas, em que, como ele diz, é “o verdadeiro pensamento do Direito no seu todo” que cumpre reconhecer. As lacunas não devem preencher-se a partir de um hipotético Direito natural, mas “a partir do espírito do Direito no seu todo”: tem de descobrir-se a solução correcta segundo o sentido do “Direito no seu todo”.⁷¹⁰

A combinação dos métodos de interpretação, histórico e sistemático, resultará como possível a interpretação total das normas. Desde o início esta é uma característica já defendida por Savigny, que exigia a interpretação com a combinação dos métodos histórico e sistemático. Ainda, que se deve buscar uma abstração da norma, em outras palavras, quem interpreta as normas deve utilizar sua intuição para compreender a justeza e o sentido da norma.⁷¹¹

Observa-se que um processo de dedução que possui sentido lógico nem sempre garantirá consequências apropriadas, “quando na cadeia dedutiva se introduzem premissas assentes em valorações”. Nesse sentido, manifesta-se um desligamento do posicionamento superior que é atribuído ao Direito “quando não exclusivamente, pelo menos preponderantemente, identificável na lei”. Durante o tempo em que esta era a posição vigente, os juízes poderiam se conformar com as formas de interpretar e aplicar a lei no caso concreto e, por fim, com a sujeição e o emprego das definições retiradas dos instrumentos demonstrados.⁷¹²

Frisa-se que a cada decisão judicial não se resume a expressão de uma personalidade individual, mas sim, uma junção de forças social, um evento social, que influenciará diversas atividades humanas, de determinado tempo e período. Somente com essa análise, sob a ótica

⁷¹⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 35-36.

⁷¹¹ Idem, p. 18-19.

⁷¹² Idem, p. 1-2.

da projeção da força que uma decisão tem para o futuro é que se conseguirá extrair o significado da decisão em análise.⁷¹³

Dando seguimento, “a ‘Teoria Pura do Direito’ é considerada em concreto por Kelsen como uma ‘teoria do Direito positivo’ e, nesta medida, uma ‘Teoria Geral do Direito’”. Não se entende como uma análise da legislação nacional ou internacional, no entanto disponibiliza – “precisamente com base numa teoria geral do Direito positivo” – a concepção de “uma teoria da interpretação jurídica”.⁷¹⁴

Tal concepção, por sua vez, diferencia-se da “teoria pura do Direito” consubstanciada na tradicional “ciência dogmática do Direito”, a qual possuía como escopo a análise da essência do direito positivo a fim de “facilitar a aplicação deste”. Essa teoria pura não está interessada no conteúdo do ordenamento jurídico, mas sim em sua estrutura lógica, investigando os extremos, a coerência e a possibilidade da totalidade das proposições jurídicas. Por isso, consiste em uma “teoria do conhecimento juscientífico” e tem como obrigação ser absolutamente diferente da ciência do direito em si, “cuja ‘possibilidade’ e método investiga”. Conquanto, mostra-se como ciência do direito, fazendo com que Kelsen a entenda como “uma ciência ‘dogmática’ do Direito que se ocupe, já não com a forma, mas com o particular conteúdo de um certo Direito positivo”.⁷¹⁵

Kelsen ainda desenvolveu uma teoria de interpretação jurídica, que está relacionada diretamente com sua teoria denominada “estrutura escalonada da ordem jurídica”. “As normas jurídicas, diz Kelsen, brotam de haver certos casos, que, mercê de uma outra norma, que lhes é anterior, têm o sentido de actos produtores de Direito”. Assim sendo, “cada norma de grau inferior postula, além do acto que a produz, uma norma de grau superior, em consequência da qual o acto que produz a primeira vem a ser visto como acto jurídico”. Isto é, a lei considerada superior tem sua aplicação de forma que, em consonância com esse fato, a lei inferior será produzida. É em razão disso que a criação do direito se dá concomitantemente com a aplicação do direito.⁷¹⁶

⁷¹³ COHEN, Felix S. Transcendental Nonsense and the Functional Approach. *Columbia Law Review*, v. XXXV, n. 6, 1935. Disponível em: <http://moglen.law.columbia.edu/LCS/cohen-transcendental.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2018. Tradução livre.

⁷¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1962. v. 2, p. 292.

⁷¹⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 94.

⁷¹⁶ Idem, p. 104.

Maués destaca a insuficiência das conclusões kelsenianas no que se refere ao objetivo de materialização da justiça:

Baseando-se na concepção de que a constituição é norma sobre a produção de normas gerais, o modelo kelseniano não reserva nenhum papel importante na justiça constitucional para a proteção dos direitos fundamentais, tal como se verifica nas seguintes teses: a) a inconstitucionalidade material é, em última análise, inconstitucionalidade formal, pois uma lei cujo conteúdo contraria a Constituição deixaria de ser inconstitucional se fosse aprovada como emenda à Constituição (Kelsen, 2003, p. 132); b) a centralização do controle de constitucionalidade justifica-se em nome da segurança jurídica, mesmo que isso limite o papel do judiciário na proteção de direitos (Kelsen, 2003, p. 144-145); c) atos jurídicos individuais não são, em regra, objeto de controle (Kelsen, 2003, p. 161); d) as decisões de inconstitucionalidade não possuem efeito retroativo (Kelsen, 2003, p. 171); e) os cidadãos não dispõem de acesso direto à jurisdição constitucional (Kelsen, 2003, p. 174-175); f) a justiça constitucional é especialmente necessária nos Estados Federais, a fim de manter o equilíbrio das relações entre governo central e governos estaduais.⁷¹⁷

Nada obstante, a intenção aqui é entender, a partir das concepções de metodologia, interpretação, hermenêutica apresentadas, como os magistrados podem alcançar a justa deliberação de cada caso particular, seja com ou sem o auxílio da legislação, esta última possibilidade que vem ocupando quem escreve sobre metodologia jurídica. Nesse contexto, Josef Esser acredita que a jurisprudência não estabelece o Direito corrente “apenas onde a lei deixa de se pronunciar, ou onde é de facto cometida ao juiz a conformação da norma através das chamadas cláusulas gerais, normas em branco ou a remissão a *standards*”, ainda que mediante “princípios não codificados e com vinculação (controlada apenas pelos próprios tribunais) a critérios extraleais, mas em todo o caso ‘objectivos’, ou seja, critérios convencionais de base empírica e densidade variáveis”. De tal modo, toda vez que a lei é aplicada já consiste em uma forma de interpretá-la e encontrar o direito, não consiste em uma simples tarefa de interpretá-lo. Não se pode dizer que haja “distinção de princípio entre interpretação extensiva e preenchimento de lacunas mediante analogia. A interpretação é sempre e já desenvolvimento do Direito”.⁷¹⁸

Portanto, não é nenhuma surpresa o fato de que deveria ser uníssona a intenção da jurisprudência em realizar uma atribuição prática. A jurisprudência precisa estar sempre se

⁷¹⁷ MAUÉS, Antonio Moreira. Súmula vinculante e proteção dos direitos fundamentais. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e Ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 41.

⁷¹⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 190-193.

adequando a diversas circunstâncias, além de persistir a “crescente necessidade, cada vez mais complexa, de clareza e de sintonização das normas entre si”, bem como perpassa a condição “de evitar contradições valorativas, o que, por sua vez, decorre do princípio de ‘igual medida’ ou seja da ideia de justiça”.⁷¹⁹

A jurisprudência se encontra aplicada – “através de um tratamento adequado do material que lhe é dado nas leis e nas sentenças dos tribunais” – em atingir raciocínios categóricos para resolver deliberações jurídicas. Se já foi dito antes que a jurisprudência fornece teses acerca do direito em vigor, é necessário que adicione o entendimento de que “para ela se trata principalmente daqueles enunciados de onde se retirem critérios de decisão que possam conduzir à solução de casos jurídicos”.⁷²⁰

A relação entre a Jurisprudência “teórica” e a dogmática jurídica, por um lado, e a prática, especialmente a dos tribunais, por outro, é recíproca, de um modo particular. Por um lado, a dogmática põe à disposição da prática critérios de solução, que esta não raramente acolhe, muitas vezes modifica e muitas outras também entende de maneira errada. Por outro lado, também a jurisprudência dos tribunais fornece, por sua vez, à dogmática, em larga medida, o “material” a partir do qual ela procura obter novos critérios. A jurisprudência dos tribunais, pela sua própria natureza, prende-se em maior medida ao caso singular do que a dogmática e o seu esforço orienta-se muito mais por uma bitola tão elevada quanto possível de “justiça do caso”.⁷²¹

A concepção que os juízes precisam adquirir dos fatos deve ser estruturada no sentido de ser possível realizar uma comparação com as “notas distintivas da previsão legal e a situação de facto verificada tem que ser por ele enunciada numa linguagem que seja conforme à lei”. Opinar sobre os fatos ao mesmo tempo em que estes correspondem ou não “às notas distintivas da previsão legal não vem temporalmente a seguir à conformação da situação de facto”, mas sim conduzi-la, posto que a composição dos acontecimentos apenas terá resultado quando contemplada “a possível significação de cada um dos factos”.⁷²²

Falta, então, constatar “que a situação de facto enquanto enunciado reflecte de modo adequado a situação de facto verificada, os eventos fácticos”. Os magistrados, competentes para deliberar sobre as questões jurídicas, usualmente partem “de uma ‘situação de facto em bruto’, que lhe é apresentada na forma de um relato”. Dessa forma, são encontrados incidentes

⁷¹⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 326-327.

⁷²⁰ Idem, ibidem.

⁷²¹ Idem.

⁷²² Idem, p. 392.

únicos e eventualidades muitas vezes descartáveis para a deliberação jurídica, sendo assim, o juiz precisa separá-las do cenário principal ao realizarem suas considerações.⁷²³

Podemos observar que, normalmente, quando os magistrados não possuem experiência naquilo que julgam, mas não só nesses casos, baseiam-se em suas próprias experiências sociais, isto é, “valora-os na sua significação concreta sob o ponto de vista da regulação legal”. Claro que aqui a intenção não é criticar a realização de juízos de valor ao julgar, isso é iminente do ser humano, mas é necessário que, “para poder coordenar a situação de facto com a previsão da norma legal, tenha de julgar segundo uma pauta que primeiro ele tenha de concretizar, uma pauta ‘carecida de preenchimento’”.⁷²⁴

A incumbência dos magistrados deve consistir em avaliar juridicamente as ocorrências constatadas para confirmar se procedem ou não. Por esse motivo, a composição dos acontecimentos e suas deliberações jurídicas devem ser guiadas, “por um lado, às previsões das normas jurídicas aqui potencialmente aplicáveis e às pautas de apreciação nelas contidas” e, por outro, “aos eventos reais, sempre que o juiz seja capaz de os constatar”. As ocorrências devem representar – “por meio da linguagem e das formas de expressão de que dispõe” – os acontecimentos ratificados, da mesma forma que são apresentados para uma corte, “o juiz descreve-a como um facto que se verificou nestes termos e não de outro modo”. Questiona-se, portanto, como os tribunais poderão realizar esse tipo de verificação de forma a confirmar se as situações realmente aconteceram daquela forma que está sendo afirmada.⁷²⁵

Nesse contexto, é interessante conhecer os métodos clássicos de interpretação que permitem que se faça a atividade interpretativa. Como ponto de partida⁷²⁶ da atividade interpretativa está a denominada interpretação gramatical, literal ou filosófica. Isso porque será pela expressão das palavras jurídicas apresentadas na norma que o intérprete fará o seu primeiro contanto com o texto posto.⁷²⁷ Esse método considera a letra da lei para definir seu

⁷²³ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 392.

⁷²⁴ Idem, p. 406-407.

⁷²⁵ Idem, p. 429.

⁷²⁶ BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições propedêutica jurídica tridimensional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 380: “Toma como ponto de partida o exame do significado e alcance de cada uma das palavras da norma jurídica. Ela se baseia na letra da norma jurídica, processando-se apenas no campo linguístico”.

⁷²⁷ NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 283.

objetivo.⁷²⁸ O instrumento principal de trabalho seria o dicionário.⁷²⁹ Logo, se a norma é escrita, o intérprete deve, primeiramente, identificar o sentido das palavras. Interpretar a lei pela linguagem em que ela é expressa.⁷³⁰ Esse método, portanto, busca o sentido e o alcance do preceito legal, partindo a análise gramatical dos vocábulos que a constituem,⁷³¹ com enfoque nos sujeitos, verbos, objetos diretos e indiretos, valores sintáticos e semânticos, pontuação,⁷³² enfim, todos os aspectos gramaticais.⁷³³

Baseados na letra da norma é que se busca o seu sentido objetivo. Analisa-se o valor das palavras escritas, as linguagens de texto e o significado técnico de todos os termos.⁷³⁴ Observe-se que, “[...] a interpretação gramatical não busca o verdadeiro sentido das expressões do Direito, contidas na norma, apenas pela literalidade implícita à mesma, mas necessariamente através da rigorosa análise das específicas regras gramaticais vigentes à época da redação do dispositivo normativo sob exame”.⁷³⁵ Essa forma de interpretação decorre do pressuposto “[...] de que a ordem das palavras e o modo como elas estão conectadas são importantes para obter-se o correto significado da norma”.⁷³⁶ Mas não se entenda aqui que, mesmo partindo da gramática, a tarefa do intérprete seja simples.

Vejamos um excerto da Carta Magna para enfrentarmos a questão. Referimo-nos ao art. 5º, XII, da Constituição Federal, o qual destaca que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Percebe-se a existência de quatro

⁷²⁸ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 234.

⁷²⁹ MACHADO, Hugo de Brito. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 189.

⁷³⁰ ROQUE, Sebastião José. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2004. p. 112.

⁷³¹ FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 8. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 23.

⁷³² NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 276.

⁷³³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 198. No mesmo sentido, temos GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 179; MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 28. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 423; SCHWARTZ, Norberto. *Noções de direito*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 139; BRANCO, Luiz Carlos. *Manual de introdução ao direito*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2003. p. 87.

⁷³⁴ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito* (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política). 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 15.

⁷³⁵ FRIEDE, Reis. *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 156.

⁷³⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 241.

espécies de sigilos: 1) das correspondências; 2) das comunicações telegráficas; 3) das comunicações de dados; e 4) das comunicações telefônicas.

Sobre a que se refere a expressão “salvo no último caso”, fez surgir três correntes de interpretação sobre seu alcance. A primeira corrente entendia que o “salvo no último caso” só se referia às comunicações telefônicas. Esse entendimento permitiria se inferir que o art. 1º, parágrafo único, da Lei 9.296/1996 seria inconstitucional ao permitir interceptação em comunicações de informática.⁷³⁷ Uma segunda corrente entendeu que a expressão “salvo no último caso” referia-se a comunicações telefônicas e de dados. Dessa forma, o art. 1º, parágrafo único, da Lei 9.296/1996 seria constitucional. Já uma terceira corrente concluiu que, independentemente do alcance da expressão “salvo no último caso”, o art. 1º, parágrafo único, seria constitucional, em razão da relatividade dos direitos fundamentais.⁷³⁸

Percebe-se com o caso destacado *supra* a importância da correta interpretação gramatical, que, como dito, muitas vezes não se faz tão clara, eis que o legislador, seja ele o Constituinte ou Derivado, ao tentar preconizar as normas tem o apoio de consultores, que muitas vezes falham na elaboração gramatical correta da norma, podendo daí fazer surgir problemas interpretativos. Interessante pontuar que, por vezes, os julgadores apresentam em suas decisões qual o método de interpretação que está em uso para solucionar tal lide.

Esse é o caso do julgamento do *Habeas Corpus* n. 1.109.60/DF, que traz: “[...] Interpretação gramatical e teleológica do art. 241 do ECA, com redação dada pela Lei n. 10.764/2003”.⁷³⁹ Em outro julgamento (Recurso Extraordinário), o Supremo Tribunal Federal também decidiu: “[...] Segundo a jurisprudência majoritária da Corte, a regra do art. 115 do Código Penal somente é aplicada ao agente com 70 (setenta) anos na data da sentença condenatória, conforme interpretação literal do referido dispositivo legal”.⁷⁴⁰ Por fim, a

⁷³⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 27; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei n. 9.296/96. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 45, ago. 1996; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. A permissão constitucional e a nova Lei de Interceptação Telefônica. *Boletim IBCCRim*, São Paulo, IBCCRim, 47/2, out. 1996.

⁷³⁸ STRECK, Lênio Luiz. As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, [S.l.], v. 17, n. 3, dez. 2016. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/12206>. Acesso em: 11 jul. 2018. p. 42-43.

⁷³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 1.109.60/DF. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 19 ago. 2014. *DJE* 24 set. 2014.

⁷⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* n.1.045.217/SP. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 4 abr. 2018. *DJE* 30 abr. 2018.

utilização deste método pode ser interpretado pelo juiz boca da lei, ou seja, o julgador limite-se a expressar exatamente o que foi escrito pelo legislador racional.⁷⁴¹

Outro método é a interpretação autêntica ou legislativa, na qual “[...] o legislador dá apenas um mero depoimento sobre os trabalhos preparatórios da lei, como bem assim da realidade social dela determinante e, finalmente, de seus objetivos fundamentais”.⁷⁴² Isso porque, nem sempre o autor da obra é seu melhor intérprete.⁷⁴³ Entretanto, essa forma de interpretação é realizada pelo próprio legislador e tem *status* de lei. Aqui o poder legislativo tem atuação no intento de não deixar dúvidas sobre os objetos da lei, sendo que o próprio poder que cria a lei busca esclarecer seus sentidos.⁷⁴⁴ Uma lei interpreta outra que não tinha conteúdo tão claro.⁷⁴⁵ São os chamados diplomas interpretativos.⁷⁴⁶

Caso as normas não sejam publicadas no mesmo momento, “por uma ficção, a lei interpretativa considera-se como tendo entrado em vigor na mesma data que a lei interpretada”.⁷⁴⁷ Trata-se de uma nova lei e deve seguir todos os trâmites formais exigidos ao caso.⁷⁴⁸ Tem objetivo a nova lei de clarear um sentido obscuro, contraditório, gerador de dúvidas, sendo que o próprio legislador se encarrega do esclarecimento.⁷⁴⁹ Nesse raciocínio, quando o Poder Legislativo, reconhece que “[...] o texto editado contém imprecisões terminológicas, ambiguidades ou obscuridades que possam gerar efeitos não queridos por ocasião da elaboração, edita novo texto pelo qual objetiva eliminar as imprecisões e defeitos do primeiro”.⁷⁵⁰

⁷⁴¹ GONÇALVES, Guilherme Leite. Função interpretativa, alopoiese do direito e hermenêutica da cordialidade. *Revista Direito e Praxis*, Universidade do Rio de Janeiro – UERJ, v. 01, n. 01, p. 18, 2010.

⁷⁴² FRIEDE, Reis. *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 154.

⁷⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 195.

⁷⁴⁴ BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições propedêutica jurídica tridimensional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 379; PAUPERIO, Artur Machado. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 301; GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 177; MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 71.

⁷⁴⁵ SECCO, Orlando de Almeida. *Introdução ao estudo do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 201.

⁷⁴⁶ FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 11. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 21.

⁷⁴⁷ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 28. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 422.

⁷⁴⁸ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 131.

⁷⁴⁹ BRANCO, Luiz Carlos. *Manual de introdução ao direito*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2003. p. 85.

⁷⁵⁰ SCHWARTZ, Norberto. *Noções de direito*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 137.

Quando se realiza uma interpretação declarativa ou especificadora, o aplicador diz exatamente o que está escrito,⁷⁵¹ o que foi dito pelo legislador,⁷⁵² a letra do enunciado,⁷⁵³ configurando o rotineiro trabalho do intérprete,⁷⁵⁴ que considera meramente a vontade do legislador⁷⁵⁵ que usou corretamente os vocábulos, sendo assim chamada declarativa coincidente ou declarativa propriamente dita.⁷⁵⁶ É uma forma de interpretação oficial, feita pelo Estado, assim como o é a interpretação judicial.⁷⁵⁷ Em outras palavras, essa técnica de interpretação “[...] é aquela cujo enunciado coincide, na sua amplitude, com aquele que, à primeira vista, parece conter-se nas expressões do dispositivo”.⁷⁵⁸

Não há necessidade de ampliação ou restrição de sentido.⁷⁵⁹ Ou seja, esta interpretação limita-se a trazer o pensamento expresso da lei, sem estendê-la a casos não previstos pelas expressões gramaticais ou restringi-la.⁷⁶⁰ Muitas vezes o legislador, mesmo cercado de seus assessores parlamentares, pode não fazer uso da correta utilização dos vocábulos, mas quando “dosa as palavras com a adequação aos significados que deseja imprimir na lei, falamos que a interpretação é declarativa”.⁷⁶¹

Em paralelo, tem-se a interpretação restritiva ou declarativa restritiva, utilizada quando percebe-se que o legislador teria usado expressões mais amplas⁷⁶² que as aptas a expressarem seu pensamento,⁷⁶³ *plus scripsit quam voluit*.⁷⁶⁴ Em outras palavras, o desejo do legislador é

⁷⁵¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 181.

⁷⁵² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 200.

⁷⁵³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 254.

⁷⁵⁴ NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 292.

⁷⁵⁵ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito: definição e conceitos básicos, norma jurídica...* 5. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 150.

⁷⁵⁶ SECCO, Orlando de Almeida. *Introdução ao estudo do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 209.

⁷⁵⁷ ROQUE, Sebastião José. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2004. p. 110.

⁷⁵⁸ FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 11. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 26.

⁷⁵⁹ BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições propedêutica jurídica tridimensional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 382; MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 134; GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 235.

⁷⁶⁰ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 28. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 424.

⁷⁶¹ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 265.

⁷⁶² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 181.

⁷⁶³ FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 11. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 26; SECCO, Orlando de Almeida. *Introdução ao estudo do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 209.

menor do que o texto posto.⁷⁶⁵ Assim, o intérprete restringe o alcance da lei,⁷⁶⁶ por ter o legislador escrito mais do que pretendia.⁷⁶⁷ Por exemplo, “[...] a lei diz descendente, quando na realidade queria dizer filho”.⁷⁶⁸ Para a restrição, o intérprete utiliza-se inclusive, de outros critérios interpretativos, reconhecendo que, “[...] em geral o intérprete vale-se de considerações teleológicas e axiológicas para fundar o raciocínio”.⁷⁶⁹ Assim, nesse método interpretativo, “[...] o aplicador reduz o significado do termo legal, considerando que devem ser excluídas de sua aplicação certas pessoas ou situações, apesar de serem compreendidas no significado habitual do termo”.⁷⁷⁰

Outra técnica de interpretação é a extensiva ou ampliativa. Aquela em que o legislador disse menos do que desejava dizer,⁷⁷¹ *minus dixit quam voluit*,⁷⁷² sendo o teor literal da lei restrito,⁷⁷³ por se utilizar o legislador impropriamente dos termos,⁷⁷⁴ tendo usado uma incompleta fórmula legal,⁷⁷⁵ tornando-se necessária uma ampliação do sentido e alcance trazido pelo legislador.⁷⁷⁶ Ferraz Júnior destaca que o “intérprete toma a mensagem codificada num código forte e a decodifica conforme um código fraco”.⁷⁷⁷

⁷⁶⁴ BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições propedêutica jurídica tridimensional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 381; GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 235

⁷⁶⁵ FRIEDE, Reis. *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 148.

⁷⁶⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 200; NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 293.

⁷⁶⁷ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 28. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 425.

⁷⁶⁸ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 270.

⁷⁶⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 228.

⁷⁷⁰ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito: definição e conceitos básicos, norma jurídica*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 152.

⁷⁷¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 200; GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 181; MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 28. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 424.

⁷⁷² MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 134.

⁷⁷³ BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições propedêutica jurídica tridimensional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 381.

⁷⁷⁴ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 270.

⁷⁷⁵ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 235.

⁷⁷⁶ NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 294.

⁷⁷⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 258.

Materializa-se “um desequilíbrio entre o *mens legis* e o *verba legis*, em benefício do primeiro”.⁷⁷⁸ Aqui, “a fórmula legal é menos ampla do que a *mens legislatoris* deduzida”.⁷⁷⁹ A interpretação confere à lei um sentido maior do que o apresentado pelo vocábulo utilizado pelo legislador.⁷⁸⁰ Vale ressaltar, entretanto, que a interpretação extensiva encontra limites na própria norma, pois o intérprete não poderá contrariar o sentido literal do termo, mas ampliá-lo até o limite permitido pelo texto legal”.⁷⁸¹

Em essência, o Direito é história,⁷⁸² é fruto da evolução histórica que precede a elaboração da lei.⁷⁸³ Envolve a análise do estágio social do mundo e de cada uma das sociedades e possui várias formas de manifestações. Os acontecimentos históricos, os interesses dominantes,⁷⁸⁴ as condições políticas e sociais,⁷⁸⁵ as circunstâncias que presidiram a elaboração da norma⁷⁸⁶ e as necessidades jurídicas possuem influência direta na elaboração das leis.⁷⁸⁷

Por isso a importância das análises da atmosfera sentimental⁷⁸⁸ e dos precedentes normativos,⁷⁸⁹ consubstanciadas nas normas vigentes anteriormente à norma em análise interpretativa. Nesse método, buscam-se as intenções que o legislador⁷⁹⁰ possuía quando da edição da regra jurídica. Muito próxima da interpretação gramatical, considera a *ocasio legis* ou *origo legis*, abordando as regras existentes quando do momento da elaboração da lei, a

⁷⁷⁸ FRIEDE, Reis. *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 148.

⁷⁷⁹ FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 11. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 26.

⁷⁸⁰ SECCO, Orlando de Almeida. *Introdução ao estudo do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 209.

⁷⁸¹ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito: definição e conceitos básicos, norma jurídica*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 152.

⁷⁸² NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 297.

⁷⁸³ EIRÓ, Pedro. *Noções elementares de direito*. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1997. p. 159.

⁷⁸⁴ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito: (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política)*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 21.

⁷⁸⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 199.

⁷⁸⁶ BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições propedêutica jurídica tridimensional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 381.

⁷⁸⁷ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 180.

⁷⁸⁸ PAUPERIO, Artur Machado. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 303.

⁷⁸⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 250.

⁷⁹⁰ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito: definição e conceitos básicos, norma jurídica*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 147.

interpretação histórica é “aquela que indaga das condições de meio e momento da elaboração da norma legal, bem assim das causas da solução dada pelo legislador”.⁷⁹¹

A relação com o método gramatical é latente. A interpretação histórica considera a evolução do conhecimento da linguagem do texto legal para alcançar o significado real da lei.⁷⁹² Para tanto, o intérprete busca os antecedentes da norma (como e o porquê do seu surgimento, ou seja, as preocupações e condições sociais e políticas do momento),⁷⁹³ ou seja, os momentos preparatórios do surgimento das normas, como o projeto de lei, debates, emendas, exposição de motivos,⁷⁹⁴ entre outros, sendo inevitável e necessária, também, a comparação entre a nova norma e a que foi substituída.⁷⁹⁵

Referido método histórico de interpretação tem como precursor Savigny, que via o direito como objeto da história.⁷⁹⁶ Destaca-se que “as leis que vão surgindo resultam do aperfeiçoamento de leis anteriores ou do disciplinamento de fatos e situações não contempladas no passado”, sendo que “a comparação com a evolução ocorrida no tempo é de fundamental importância para o aprimoramento da norma jurídica”.⁷⁹⁷ Analisar se uma decisão se valeu do método histórico não é tarefa difícil, em face da necessidade de fundamentação do julgador ao expor seus motivos.

Na jurisprudência, é perceptível a utilização dessa interpretação para solucionar as lides. Citam-se alguns julgados que a utilizaram, como o Recurso Extraordinário n. 566.622,⁷⁹⁸ com repercussão geral. Nesse processo, utilizou-se da interpretação histórica das Constituições de 1946, 1967, 1969 e da Súmula n. 730 do Supremo, para concluir que até o advento da Constituição Federal de 1988, não existiam conceitos firmados quanto à seguridade social, inexistindo distinção precisa entre a previdência, assistência social e saúde. Tema tratado no Supremo como Repercussão Geral n. 32 e refere-se da reserva de lei

⁷⁹¹ FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 8. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 24.

⁷⁹² FRIEDE, Reis. *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 159.

⁷⁹³ NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 291.

⁷⁹⁴ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 234.

⁷⁹⁵ MACHADO, Hugo de Brito. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 190.

⁷⁹⁶ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 138.

⁷⁹⁷ BRANCO, Luiz Carlos. *Manual de introdução ao direito*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2003. p. 88.

⁷⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 566.622/RS*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 23 fev. 2017. *DJE* 24 fev. 2017.

complementar para instituir requisitos à concessão de imunidades tributária às entidades beneficentes de assistência social.

Há também a denominada interpretação lógica ou racional, nesse meio de interpretação, busca-se o sentido⁷⁹⁹ das orações constantes do texto legal,⁸⁰⁰ utilizando processos de lógica formal,⁸⁰¹ harmonia,⁸⁰² razão,⁸⁰³ seu fim, razão de ser⁸⁰⁴ e do bom senso.⁸⁰⁵ Fala-se em busca da *ratio legis*. Pauperio destaca que “procura fundamentar-se na *ratio legis*, deduzindo, pelos princípios da lógica e da razão, o sentido e alcance da lei, dentro do princípio *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*”.⁸⁰⁶

A doutrina identifica cinco componentes desse método de interpretação, quais sejam: o *mens legislatori*, o *mens legis*, o *occasio legis*, o argumento a *contrario sensu* e, finalmente, o argumento a *fortiori*. O primeiro, busca identificar o que o legislador queria dizer ou alcançar com a norma, a intenção do legislador, já o *mens legis* busca o que o legislador expressou, independentemente das intenções com aquela norma jurídica.⁸⁰⁷

Com o uso da lógica, devem-se buscar a conexão e o contexto da norma a ser interpretada. Elucida-se que a lógica doutrinariamente também pode ser classificada em interna, naquela em que o intérprete considera o próprio texto legislativo; a lógica externa, que complementa o sentido da lei, questionando os fins para que a norma foi criada; e, a lógica do razoável, que deve considerar as finalidades das normas.⁸⁰⁸

A possibilidade do uso da lógica externa não é pacífico. Herkenhoff destaca que ela busca “descobrir o sentido e o alcance da lei, sem auxílio de qualquer elemento exterior,

⁷⁹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 199.

⁸⁰⁰ FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 8. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 24.

⁸⁰¹ SCHWARTZ, Norberto. *Noções de direito*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 140; BRANCO, Luiz Carlos. *Manual de introdução ao direito*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2003. p. 87.

⁸⁰² ROQUE, Sebastião José. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2004. p. 112.

⁸⁰³ SECCO, Orlando de Almeida. *Introdução ao estudo do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 204.

⁸⁰⁴ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 234.

⁸⁰⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 179.

⁸⁰⁶ PAUPERIO, Artur Machado. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 302.

⁸⁰⁷ FRIEDE, Reis. *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 157.

⁸⁰⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 241.

aplicando ao dispositivo um conjunto de regras tradicionais e precisas, tomadas de empréstimo à lógica geral”.⁸⁰⁹

Este entendimento é compartilhado por Maximiliano para quem “o processo lógico propriamente dito consiste em procurar descobrir o sentido e o alcance de expressões do Direito sem auxílio de nenhum elemento exterior, com aplicar ao dispositivo em apreço um conjunto de regras tradicionais e precisas, tomadas de empréstimo à lógica geral”.⁸¹⁰ Dessa forma, aqui pode-se deparar com o descobrimento de uma decisão ativista, eis que a lógica é um critério objetivo, sendo que uma interpretação que não se utilize da mínima aplicação de lógica formal, pode ser considerada como não utilizadora de aspectos interpretativos.

Alguns julgados indicam em seu próprio corpo, em face da necessidade de fundamentação, a utilização da interpretação lógica ou racional, como, por exemplo, o julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 744.121/2015 (DF), acerca do prazo para o estágio probatório, no qual o Supremo Tribunal Federal assentou seu entendimento no sentido de que a Emenda Constitucional n. 19/1998, que alterou o art. 41 da Constituição Federal, elevou para três anos o prazo para a estabilidade no serviço público, “[...] e, por interpretação lógica, o prazo do estágio probatório [...]”.⁸¹¹ Ou seja, se a estabilidade no serviço público só é alcançada após três anos de exercício no serviço, o prazo para cumprimento do estágio probatório (quando se adquire estabilidade no serviço público) também será de três anos.

Em outro julgado, o Supremo Tribunal Federal elucida que se pode realizar interpretação literal da lei, mas essa seria a forma mais rudimentar de interpretação. Para tanto, a Primeira Turma do STF decidiu por acolher a interpretação lógica do artigo em discussão (art. 7º, XXIX, da Constituição Federal – prescrição de créditos trabalhistas), elucidando que a expressão utilizada no texto (créditos trabalhistas) diz respeito a quaisquer que sejam, tanto as prestações vencidas (prescrição parcial), como também o denominado fundo de direito (prescrição total).⁸¹²

⁸⁰⁹ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito: (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política)*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 17.

⁸¹⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 100.

⁸¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal.. *Agravo de Instrumento n. 744.121/DF*. Relator: Min Luís Roberto Barroso. Julgado em: 9 jun. 2015. *DJE* 30 jun. 2015.

⁸¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n. 200.733/RS*. Relator: Min. Moreira Alves. Julgado em: 30 set. 1997. *DJ* 14 nov. 1997.

Avançando sobre a interpretação lógica, temos a interpretação sistemática, que atinge a própria filosofia do direito.⁸¹³ Nesse sistema, a interpretação da norma deve necessariamente considerar o sistema jurídico⁸¹⁴ como um todo⁸¹⁵ o corpo legislativo em que se encontra,⁸¹⁶ o espírito do sistema.⁸¹⁷ A lei é considerada parte de um sistema jurídico como um todo,⁸¹⁸ eis que o sistema jurídico deve ser dotado de unidade e coerência,⁸¹⁹ não havendo dispositivo inteiramente autônomo, autoaplicável.⁸²⁰ O método consiste em “comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto”.⁸²¹

Permite-se, assim, resolver eventuais conflitos entre as normas jurídicas,⁸²² “busca compreendê-la como parte integrante de um todo, em conexão com as demais normas jurídicas que com ela se articulam logicamente”.⁸²³ Esse método de interpretação permite considerar a existência de norma principal ou norma origem, falando-se em uma organização hierárquica das fontes.⁸²⁴

Destaca-se que “o elemento lógico-sistêmico sugere que o significado das prescrições jurídicas seja determinado tendo-se em vista a posição, no ordenamento jurídico, daquela

⁸¹³ ROQUE, Sebastião José. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2004. p. 114.

⁸¹⁴ EIRÓ, Pedro. *Noções elementares de direito*. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1997. p. 158.

⁸¹⁵ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito: (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política)*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 19; PAUPERIO, Artur Machado. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 303; MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 28. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 424; BRANCO, Luiz Carlos. *Manual de introdução ao direito*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2003. p. 88.

⁸¹⁶ FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 11. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 25; NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 286.

⁸¹⁷ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 234.

⁸¹⁸ SECCO, Orlando de Almeida. *Introdução ao estudo do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 205.

⁸¹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 199.

⁸²⁰ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 278. SCHWARTZ, Norberto. *Noções de direito*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 141.

⁸²¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 104.

⁸²² FRIEDE, Reis. *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 158; GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 179.

⁸²³ BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições propedêutica jurídica tridimensional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 380.

⁸²⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 244; DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito: definição e conceitos básicos, norma jurídica*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 146.

prescrição cujo sentido se quer determinar”.⁸²⁵ Também é possível notar que os julgadores utilizam-se desse método para fundamentar suas decisões, trazendo a referência expressa à utilização da interpretação sistemática, como, por exemplo, no julgamento do Mandado de Segurança que analisou se aplicável o limite etário descrito no art. 107 (mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos de idade). Nesse raciocínio: “[...] a partir da interpretação sistemática dos arts. 93 e 107 do texto constitucional chega-se à conclusão de que o limite etário de 65 anos prescrito no *caput* do art. 107, da Constituição Federal, não é aplicável aos magistrados federais de carreira [...]”.⁸²⁶ Em outro julgado, “[...] 1. Não viola a reserva de plenário decisão que realiza interpretação sistemática da legislação infraconstitucional sem esvaziá-la. 2. Agravo regimental desprovido, com aplicação de multa prevista no art. 1.021, §§ 4º e 5º, do CPC/2015 [...]”.⁸²⁷

Os métodos de interpretação, por sua vez, não são estanques, havendo relacionamento com a busca do sentido global na norma com uma teleologia, “[...] em um conjunto abarcante, envolvendo sempre uma teleologia, visto que a percepção dos fins não é imanente a cada norma isoladamente, mas exige uma visão ampliada da norma dentro do ordenamento jurídico”.⁸²⁸ O *homo sapiens*, desde a época em que era mero caçador-coletor, sempre pautou suas ações buscando um fim a ser atingido,⁸²⁹ e essa característica não pode passar longe da verificação da norma, pelo contrário.

Toda norma só é criada porque tem um propósito, buscando sempre a cooperação dos indivíduos para que persista a coexistência social. Por esse critério, busca-se o sentido maior da norma,⁸³⁰ seu objetivo prático para o corpo social no qual ela foi editada. Buscam-se os fins para os quais a norma foi criada.⁸³¹ Dessa forma, no processo teleológico, finalístico,⁸³² também muitas vezes designado *ratio legis*,⁸³³ criado por Ihering,⁸³⁴ busca-se a garantia de

⁸²⁵ MACHADO, Hugo de Brito. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 190.

⁸²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 28.678/DF*. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em: 7 ago. 2018. *DJE* 16 ago. 2018.

⁸²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 24.317/MG*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em: 9 ago. 2016. *DJE* 25 ago. 2016.

⁸²⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de teoria geral do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 335.

⁸²⁹ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 279.

⁸³⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 200.

⁸³¹ NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 288.

⁸³² MACHADO, Hugo de Brito. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 191.

⁸³³ EIRÓ, Pedro. *Noções elementares de direito*. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1997. p. 159.

“interesses com base em valorações econômicas, políticas, sociais e morais dominantes”,⁸³⁵ onde o referido método almeja a finalidade do modelo normativo,⁸³⁶ buscando “o fim, os valores que a norma jurídica tenciona servir ou tutelar, e que constitui a chamada *ratio legis*”.⁸³⁷

A doutrina geralmente indica a interpretação teleológica como a soma dos demais métodos,⁸³⁸ constituindo “[...] basicamente numa reunião dos demais métodos, buscando alcançar a finalística da lei, que é sempre um valor que o legislador tem em mira”.⁸³⁹ Ferraz Júnior arremata que “entende-se que, não importa a norma, ela há de ter, para o hermeneuta, sempre um objetivo que serve para controlar até as consequências da previsão legal (a lei sempre visa aos fins sociais do direito e as exigências do bem comum, ainda que, de fato, possa parecer que eles não estejam sendo atendidos)” .⁸⁴⁰

Assim, o intérprete deve buscar a finalidade social das normas jurídicas, tentando realizar interpretações com critérios e exigências atuais. Isso porque, quando o legislador cria uma lei, ele pensa em proteger certos direitos que a sociedade, naquele momento, precisava. Entretanto, se no momento da interpretação da norma houve mudança na sociedade, fazendo com que o cenário social seja diverso daquele da época da construção da norma, deve-se aplicar a intenção do legislador projetando se ele estivesse nos dias atuais.⁸⁴¹

No art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o legislador impôs que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do

⁸³⁴ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 139.

⁸³⁵ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito: (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política)*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 24.

⁸³⁶ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de teoria geral do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 336.

⁸³⁷ BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições propedêutica jurídica tridimensional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 381.

⁸³⁸ BRANCO, Luiz Carlos. *Manual de introdução ao direito*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2003. p. 89: “É a interpretação pela qual se procura fazer uma interligação entre a lei e a causa e a sua finalidade. É uma reunião dos demais métodos, buscando alcançar a finalística da lei, que é sempre um valor que o legislador tem em mira”.

⁸³⁹ SECCO, Orlando de Almeida. *Introdução ao estudo do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 206.

⁸⁴⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 254.

⁸⁴¹ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito: definição e conceitos básicos, norma jurídica*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 148.

bem comum”. O Supremo Tribunal Federal já se posicionou utilizando esse método interpretativo, decidindo:

[...] A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, “quando se trata de jurisprudência dominante, é legítima a atuação do Relator para decidir monocraticamente a questão, sem que se configure afronta aos princípios da colegialidade e do devido processo legal, tendo em vista a interpretação teleológica do art. 21, § 1º, do Regimento Interno da Corte” [...].⁸⁴²

Interessante julgamento também da Suprema Corte em que se defendeu que nos casos de reclamação para o Supremo Tribunal Federal, a interpretação do art. 988, § 5º, II, do Código de Processo Civil, de 2015, deverá ser realizada com fundamento em interpretação teleológica e não estritamente literal. Nesse caso, foi elucidado que o esgotamento de instância ordinária significaria dizer que se a decisão comportar algum tipo de reforma por via de recurso a algum Tribunal (mesmo sendo o Tribunal Superior), não se permitirá o acesso ao Supremo Tribunal Federal.⁸⁴³

Há na doutrina quem dê como sinônimo teleológico à sociológica,⁸⁴⁴ mas a maioria dos doutrinadores traz conceituação diversa para essas formas de interpretação. A interpretação sociológica busca uma interpretação com a adaptação do texto da lei às realidades e necessidades sociais,⁸⁴⁵ “[...] parte do pressuposto de que a lei é essencialmente dinâmica, acompanhando ‘pari passu’ (‘a passo igual’) as transformações e evoluções da sociedade à qual esteja dirigida”.⁸⁴⁶ Na mesma linha, aduz-se que “o momento (ou processo) sociológico conduz à investigação dos motivos e dos efeitos sociais da lei. Leva a aplicar os textos de acordo com as necessidades contemporâneas, com olhos postos no futuro, e não no passado”.⁸⁴⁷

Na interpretação que considerar as consequências sociais futuras da lei, “parte-se do pressuposto de que a lei é essencialmente dinâmica acompanhando *pari passu* as

⁸⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 146.020 /DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em: 9 abr. 2018. *DJE* 27 abr. 2018.

⁸⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 24.686/RJ*. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgado em: 25 out. 2016. *DJE* 11 abr. 2017

⁸⁴⁴ FRIEDE, Reis. *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 159.

⁸⁴⁵ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 28. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 424.

⁸⁴⁶ SECCO, Orlando de Almeida. *Introdução ao estudo do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 206.

⁸⁴⁷ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito: (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política)*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 27.

transformações e evoluções da sociedade à qual esteja dirigida”, sendo “irrelevante a intenção do legislador”.⁸⁴⁸ Contudo, não há uniformidade na visão de que a interpretação busca uma visão prognóstica. Pondera-se também que na interpretação sociológica busca-se a motivação social na criação da lei, ressaltando que “entende-se, assim, por interpretação sociológica a investigação das razões sociais motivadoras da lei, de seus efeitos sociais e de seu sentido atual”.⁸⁴⁹

Embora em termos conceituais não haja unanimidade, percebe-se em tal método de interpretação um afastamento da busca da intenção do legislador para abranger relações novas. Assim, quando se analisa o processo sociológico da interpretação do direito, deve-se buscar aplicabilidade da norma jurídica nas relações sociais para as quais a norma foi constituída, elastecendo nos alcances do preceito normativo para atualizá-lo às necessidades atuais da sociedade.

Já quanto à interpretação doutrinária, também chamada de doutrinal, é aquela que se realiza de forma científica⁸⁵⁰ pelo jurista, professores jurisconsultos,⁸⁵¹ autores de obras jurídicas⁸⁵² por meio “de escritos, em tratados, compêndios, manuais, monografias, teses ou comentários à legislação [...]”.⁸⁵³

Venosa destaca que “a interpretação feita pelos jurisconsultos, mestres e doutrinadores em geral, nos tratados, manuais, compêndios, monografias, ensaios, artigos, tem a mesma posição que a doutrina como fonte do Direito e, com ela, na maioria das oportunidades, confunde-se”.⁸⁵⁴ Consubstancia-se em desenvolvimentos doutrinários próprios ou mesmo

⁸⁴⁸ BRANCO, Luiz Carlos. *Manual de introdução ao direito*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2003. p. 88.

⁸⁴⁹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 235.

⁸⁵⁰ BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições propedêutica jurídica tridimensional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 379.

⁸⁵¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 177; MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 28. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 423; BRANCO, Luiz Carlos. *Manual de introdução ao direito*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2003. p. 86; SCHWARTZ, Norberto. *Noções de direito*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 138: “Doutrinária é a interpretação dos textos legais que fazem os técnicos do Direito, os jurisconsultos, os profissionais da ciência jurídica (advogados, professores, juízes, promotores), quando desenvolvem estudos teóricos sobre uma ou mais normas positivas, pertencentes a um ou mais ramos do Direito”.

⁸⁵² SECCO, Orlando de Almeida. *Introdução ao estudo do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 202.

⁸⁵³ FRIEDE, Reis. *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 155.

⁸⁵⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 196.

crítica à legislação e mesmo à interpretação judicial.⁸⁵⁵ Ao contrário da interpretação judicial e autêntica, a doutrinária não tem força vinculante, não sendo obrigatória sua observação.⁸⁵⁶

Adentrando ao método de interpretação conforme a Constituição, considera-se que como muitas vezes a norma é plurívoca, ou seja, com mais de uma hipótese de interpretação, deve-se prevalecer a hermenêutica que mais se compatibilize com o texto constitucional, não podendo a interpretação ser contrária ao texto da Carta Magna. Caso a norma não permita interpretação conforme a Constituição, será declarada sua inconstitucionalidade, destacando-se “ao ser verificada a inconstitucionalidade, o intérprete não pode ‘burlar’ a vontade do legislador atribuindo ao texto normativo vontade diversa da expressa”.⁸⁵⁷

Inocência Mártires Coelho destaca que há liberdade do intérprete/aplicador do direito, mas que esta liberdade deve ser responsável e autocontrolável, porque não lhe é concedido o direito de “[...] introduzir na lei o que deseja extrair dela tampouco aproveitar-se da abertura semântica dos textos para neles inserir, fraudulentamente, conteúdos que, de antemão, ele sabe serem incompatíveis com esses enunciados normativos”.⁸⁵⁸

Muitas das normas constitucionais são indeterminadas, sendo que o significado somente é possível após a atividade interpretativa. Assim, para auxiliar o intérprete das normas constitucionais em sua aplicação, na solução de conflitos de bens e direitos tutelados pela Constituição, a doutrina apresenta diversas regras interpretativas. Dessa forma surge a hermenêutica constitucional.⁸⁵⁹

Em alguns casos, a norma possui mais de uma interpretação igualmente constitucional, sendo que, nessas hipóteses, “deve-se escolher a que se orienta para a constituição ou a que melhor corresponde às decisões do constituinte”.⁸⁶⁰

⁸⁵⁵ PAUPERIO, Artur Machado. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 302.

⁸⁵⁶ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 131; GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 236; ROQUE, Sebastião José. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2004. p. 111.

⁸⁵⁷ TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 45.

⁸⁵⁸ COELHO, Inocência Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 483.

⁸⁵⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 230.

⁸⁶⁰ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 113.

Nesse contexto, merecem destaque aqui as principais espécies, tipos ou métodos de interpretação constitucional, quais sejam: (i) Método Hermenêutico Clássico; (ii) Método Tópico-Problemático; (iii) Método Hermenêutico-Concretizador; (iv) Método Científico Espiritual (Valorativo ou Sociológico); (v) Método Normativo-Estruturante; (vi) Método Comparativo-Constitucional.

Em relação ao Hermenêutico Clássico, ele prega que os critérios interpretativos técnicos,⁸⁶¹ comuns e tradicionais das leis (sistemático, histórico, gramatical, lógico, doutrinário, entre outros) também são utilizados de forma indistinta para se fazer a interpretação da Constituição, por ser esta uma espécie de lei.⁸⁶² Em outras palavras, esse método determina que a Constituição seja interpretada com os mesmos recursos interpretativos das demais leis, segundo as fórmulas desenvolvidas por Savigny (a interpretação sistemática, histórica, lógica e gramatical), independentemente da importância que a Constituição Federal assuma na ordem jurídica.

A fragilidade dessa metodologia está que enquanto as normas dos demais ramos do direito possuem, em regra, uma alta densidade normativa, as normas constitucionais possuem um normativo-material fragmentado com grande quantidade de princípios que precisam “[...] ser previamente preenchidos e concretizados, para serem realizados no sentido de uma aplicação jurídica”.⁸⁶³

Luís Roberto Barroso ressalta que esse método “é ainda amplamente utilizado, prestando-se à solução dos casos fáceis, cuja resposta pode ser encontrada pelo emprego das regras, princípios e elementos tradicionais de interpretação jurídica”, mas “não é suficiente, contudo, para a solução dos casos difíceis, que envolvem normas de textura aberta ou princípios antagônicos, que indicam respostas diferentes para o mesmo problema”.⁸⁶⁴

O método Tópico-Problemático, proposto por Theodor Viehweg, busca resolver problemas concretos, sempre considerando o caráter aberto e indeterminado das normas

⁸⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 313.

⁸⁶² VASCONCELOS, Clever. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 85; FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

⁸⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 135.

⁸⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 313.

constitucionais,⁸⁶⁵ possuindo o intérprete ampla liberdade para buscar a solução mais adequada para o caso em concreto.⁸⁶⁶ Isso porque o diploma maior não consegue abranger todas as situações provenientes das complexas realidades sociais.⁸⁶⁷

O problema aqui é que se dá extrema primazia à vontade do intérprete,⁸⁶⁸ os seus pontos de vista, diferentes perspectivas sociopolíticas-jurídicas,⁸⁶⁹ sendo que o pensamento pode se desvincular inclusive do próprio texto normativo.⁸⁷⁰ Assevera-se que “a solução do problema interpretativo utiliza técnicas de argumentação que avaliam os vários pontos de vista a respeito do mesmo problema”.⁸⁷¹ Luís Roberto Barroso sintetiza que esse método surge na década de 1950 e, ao contrário do método clássico, não está centrado na norma ou no sistema jurídico, mas, sim, no problema que se apresenta. Sustenta-se na lógica do razoável, com argumentação consistente. Assim, o juiz seria aquele capaz de construir a melhor solução para o caso concreto com justiça. Por certo que, o intérprete poderá recorrer aos termos expressos da norma (sem negar os termos legislados), mas também deverá sopesar os fatos relevantes da realidade social, valores e princípios do Direito.⁸⁷²

Em relação ao método Hermenêutico Concretizador, Konrad Hesse elucida que se faz a busca pela norma que melhor se adapte ao caso concreto a partir da norma constitucional para o problema propriamente dito,⁸⁷³ sendo que, com base nele, “a cada nova releitura o texto deve ser analisado diante da realidade social, para que, assim, se alcance a melhor solução para o problema”.⁸⁷⁴

⁸⁶⁵ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. 5. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 67-68

⁸⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 135; FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013; NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional – Volume único*. 9. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 397.

⁸⁶⁷ PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁸⁶⁸ VASCONCELOS, Clever. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 84.

⁸⁶⁹ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁸⁷⁰ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 161.

⁸⁷¹ BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Vianna Alves. *Direito constitucional II – Direito constitucional e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção Saberes do Direito 2). p. 48.

⁸⁷² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 313.

⁸⁷³ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die Normative Kraft Der Verfassung)*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

⁸⁷⁴ PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Destaca-se a impossibilidade de se dissociar da realidade social, consignando que o direito não pode ser analisado sem considerar a realidade social que lhe rodeia, nem mesmo ser enquadrado em um método único, pois não há “[...] coincidência entre *ius* e *lex* transcende as tentativas de adaptar o direito ao figurino metodológico de outras disciplinas ou de filtrá-lo por cosmogonias *ad hoc*, materialismos transplantados sem mediação adequada ou narrativas biologizantes”.⁸⁷⁵

A premissa é a disposição constitucional, sendo o método elaborado a partir da submissão da atividade hermenêutica a pressupostos subjetivo e objetivo, pois leva em consideração a pré-compreensão do intérprete, bem como a realidade enquanto problema concreto, sendo notório que a “teoria da Constituição converte-se em condição tanto da compreensão da norma, como do problema”.⁸⁷⁶

Trata-se da nova característica do Poder Judiciário ao se valer dessa técnica interpretativa, que busca fazer valer os valores constitucionais em todas as lides que lhe são submetidas, sendo uma nova face do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, as decisões judiciais cada vez mais priorizam os casos concretos e as argumentações deles decorrentes.⁸⁷⁷

Há semelhanças com o método Tópico-Problemático, eis que se inicia pela pré-compreensão do intérprete,⁸⁷⁸ mas aqui o método fornece ao intérprete “balizas a serem observadas na interpretação das normas constitucionais, com o objetivo de conferir maior teor de racionalidade à tarefa, reduzindo o espaço para pragmatismos exacerbados, tema de críticas acerbas em algumas instâncias”.⁸⁷⁹

Realiza-se, aqui, o círculo hermenêutico,⁸⁸⁰ que, considerando uma dada situação histórica, confere à norma a cada passagem por ela a consideração da realidade concreta

⁸⁷⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de M. A interpretação “impossível”, ou o direito como linguagem cênica. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.); *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 336

⁸⁷⁶ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 162.

⁸⁷⁷ SAMPAIO JUNIOR, José Herval. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 404.

⁸⁷⁸ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

⁸⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 137.

⁸⁸⁰ VASCONCELOS, Clever. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 84.

dinâmica e complexa a ser resolvida. O intérprete busca mediar o texto interpretado e o contexto em que a norma será concretizada, não se iniciando a interpretação pelo problema em si, mas sim pela pré-compreensão do conteúdo da norma e do problema concreto a ser resolvido.⁸⁸¹

Para Luís Roberto Barroso, aqui “o papel do intérprete é compreender esse condicionamento recíproco, produzindo a melhor solução possível para o caso concreto, dentro das possibilidades oferecidas pelo ordenamento”.⁸⁸² Exemplifica-se:

A norma constitucional tem um programa normativo (conteúdo do texto normativo) e um domínio normativo (setores que a norma alcança – dados reais). O texto constitucional possui significado vinculado à realidade material que pretende regular. Pode ser um programa ou domínio econômico, social jurídico, entre outros.

Faz-se uma operação de mediação entre o programa normativo e o domínio normativo. Em seguida, selecionados os dados de realidade, tem-se o significado da norma constitucional. Assim, a norma constitucional alcançará uma medida de realidade.

Por fim, a concretização é feita com o julgamento pelo Judiciário (ou edição de um ato legislativo ou administrativo). A interpretação torna-se concreta, por exemplo, com uma sentença. O método concretizador finaliza-se com a decisão de um caso jurídico.⁸⁸³

O método Científico Espiritual (valorativo ou sociológico), indicado por Rudolf Smend, enxerga a Constituição como um sistema cultural e de valores de um povo,⁸⁸⁴ aqui a limiar entre atividade jurídica e política é tênue, por ser a interpretação elástica e flexível, passível de constantes flutuações. Assim, a Constituição deve ser interpretada como um todo, um elemento que integra a realidade estatal, considerando os valores políticos, econômicos, sociais e culturais. A Constituição funcionaria, portanto, como um critério hermenêutico, com vinculação da interpretação da Constituição à realidade social.⁸⁸⁵ Nesse contexto, se a realidade sempre será considerada para fins de interpretação constitucional, e, se, “[...] a

⁸⁸¹ BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Vianna Alves. *Direito constitucional II – Direito constitucional e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção Saberes do Direito 2). p. 49; NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional – Volume único*. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

⁸⁸² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 317.

⁸⁸³ PIRES, Antonio Fernando. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2016.

⁸⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 136.

⁸⁸⁵ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 161; VASCONCELOS, Clever. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 85.

sociedade é mutante e dinâmica, as normas constitucionais também devem ser, renovando-se a interpretação sempre, para adequar-se aos anseios sociais”.⁸⁸⁶

Dessa forma, em uma interpretação ampla, a Constituição assume um papel como instrumento de integração, não só sob o ponto de vista jurídico-forma, mas, também,

[...] enquanto norma-suporte e fundamento de validade do ordenamento, segundo o entendimento kelseniano, por exemplo, mas também – e principalmente –, em perspectiva política e sociológica, enquanto instrumento de regulação (absorção/superação) de conflitos e, por essa forma, de construção e de preservação da unidade social.⁸⁸⁷

É latente a abstração do método, devendo ser considerado o “somatório de todos os elementos que compõem o Estado, tais como forma de governo, regime de governo, forma de Estado, separação dos poderes, direitos e garantias fundamentais, fatores econômicos e ideológicos e fenômenos culturais”.⁸⁸⁸ A Constituição seria um fator não apenas de interpretação, mas, sim, de integração.⁸⁸⁹ E, decorre da própria Constituição, a concessão ao Poder Judiciário da análise e afastamento de normas antagônicas com a Lei Maior.⁸⁹⁰

O método Normativo-estruturante é aquele que traz em sua análise a necessidade de se amalgamar o texto com a realidade social,⁸⁹¹ sendo que se deve diferenciar o texto e a norma constitucional.⁸⁹² Seria uma variante do método Hermenêutico-concretizador. Exemplifica-se:

Método concretista-estruturante (ou metódica normativo-estruturante) – variação do método hermenêutico-concretizador, tem por precursor o famoso Friedrich Müller. Defende que o teor literal da norma obtido pela interpretação (“programa normativo”) é apenas a “ponta do iceberg” do problema interpretativo. Além desse programa normativo, o intérprete deve ainda precisar o “âmbito da norma” a ser concretizada, ou seja, “o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma “escolheu” para si ou em parte criou como seu âmbito de regulamentação” (MÜLLER,

⁸⁸⁶ PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁸⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 99.

⁸⁸⁸ MOTTA, Sylvio. *Direito constitucional – Teoria, jurisprudência e questões*. 27. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 42.

⁸⁸⁹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013; NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional – Volume único*. 9. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 350.

⁸⁹⁰ FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles. Novos paradigmas da legitimação democrática da jurisdição constitucional no Brasil. In COUTINHO, Jacinto Miranda (Org.); FRAGALE FILHO, Roberto (Org.); LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 184..

⁸⁹¹ VASCONCELOS, Clever. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 85.

⁸⁹² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

2000, p. 57). Para Müller, a norma aplicável ao caso concreto, lá na ponta final do processo decisório (“norma de decisão”), é fruto da interpretação de componentes distintos, mas interdependentes entre si: o programa normativo e o domínio/âmbito normativo.⁸⁹³

Na mesma linha, “a norma fria, literal (criada pelo legislador constituinte), de nada adianta se não for estudada com vias de aplicá-la à realidade social, e isso só será possível pela atividade judicial (Poder Judiciário de regra) e administrativa (Poder Executivo de regra)”.⁸⁹⁴ Os elementos deste método estruturante são: “a) o programa normativo, que representa sua parte analítica, o elemento linguístico que compõe a norma; b) o âmbito normativo, as interferências provocadas pela realidade social na norma; c) decisão, ou seja, a solução do problema concreto apresentado, dentro dos parâmetros jurídicos”.⁸⁹⁵

Quanto ao método Comparativo Constitucional, faz-se o estudo de direito comparado, de Peter Häberle,⁸⁹⁶ notadamente no que se refere aos direitos fundamentais. Padilha destaca que se

busca realizar estudo comparado da Constituição brasileira atual com diversas outras Constituições, o que permite analisar a evolução das normas e dos institutos jurídicos, possibilitando, assim, elucidar o significado de determinado enunciado linguístico utilizado na elaboração das normas constitucionais.⁸⁹⁷

A hermenêutica é ciência auxiliar do direito que busca delinear os princípios e regras que permitam a interpretação das leis e do sistema jurídico como um todo.⁸⁹⁸ Busca-se determinar o sentido e o alcance da norma,⁸⁹⁹ bem como almeja a sistematização e o estabelecimento das normas.⁹⁰⁰ É uma atividade que demanda continuidade, destacando Radbruch que “a interpretação jurídica não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser

⁸⁹³ BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Vianna Alves. *Direito constitucional II – Direito constitucional e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2012. (*Coleção Saberes do Direito* 2). p. 49.

⁸⁹⁴ PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁸⁹⁵ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁸⁹⁶ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Tradução Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

⁸⁹⁷ PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁸⁹⁸ SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*. Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 11. ed. Atualizado de acordo com o novo CPC e com a Lei 13.256, de 04.02.2016. São Paulo: GEN – Forense, 2016.

⁸⁹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 1.

⁹⁰⁰ VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Hermenêutica e interpretação jurídica – hermenêutica constitucional*. Brasília: Fundação Universa, 2003. p. 8.

pensado por um outro”.⁹⁰¹ É atividade dinâmica, viva e cíclica que retroalimenta os próprios métodos de interpretação.⁹⁰² E a interpretação constantemente muda por ser fruto de uma época, de determinada conjuntura.⁹⁰³

A hermenêutica é significativa para as disciplinas relacionadas à interpretação de textos, notadamente a teologia, a filosofia, a interpretação literária, bem como a todas as ciências humanas, podendo ser usada até mesmo para quaisquer obras de arte.⁹⁰⁴ Com ela, é possível que os homens transfiram-se a outros mundos “[...] do mundo dos deuses para o mundo dos homens, do mundo de uma língua estrangeira para o mundo da língua própria (os tradutores humanos podem traduzir apenas para a sua própria língua)”.⁹⁰⁵ E, dessa mesma forma, interpretar é ato essencial do ser humano, sendo uma “[...] atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas”.⁹⁰⁶

Streck resume a importância das contribuições de Heidegger e Gadamer, destacando a importância da linguagem:

Os contributos da hermenêutica filosófica para o direito trazem uma nova perspectiva para a hermenêutica jurídica, assumindo grande importância as obras de Heidegger e de Gadamer. Com efeito, Heidegger, desenvolvendo a hermenêutica no nível ontológico, trabalha com a idéia de que o horizonte do sentido é dado pela compreensão; é na compreensão que se esboça a matriz do método fenomenológico. A compreensão possui uma estrutura em que se antecipa o sentido. Ela se compõe de aquisição prévia, vista prévia e antecipação nascendo desta estrutura a situação hermenêutica. Já Gadamer, seguidor de Heidegger, ao dizer que pode ser compreendido é linguagem, retoma a idéia de Heidegger da linguagem como casa do ser, onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado. Daí que, para Gadamer, ter um mundo é ter uma linguagem. As palavras são especulativas, e toda interpretação é especulativa, uma vez que não se pode crer em um significado infinito, o que caracterizaria o dogma. A hermenêutica, desse modo, é universal, pertence ao ser da filosofia, pois, como assinala Palmer, a concepção especulativa do ser que está na base da hermenêutica é tão englobante como a razão e a linguagem.⁹⁰⁷

⁹⁰¹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de Arménio Amado. 6. ed. Coimbra, 1997. p. 274.

⁹⁰² FRIEDE, Reis. *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 154.

⁹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.

⁹⁰⁴ PALMER, Richard e. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1969. p. 16.

⁹⁰⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. Tradução de Ênio Paulo Giachini, revisão da tradução por Márcia de Sá Calvancanti-Shuback, Petrópolis-RJ. Editora Vozes, 2004. p. 112.

⁹⁰⁶ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 27.

⁹⁰⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 165-166.

Com efeito, tudo se funda na linguagem, tendo nos mostrado a hermenêutica que a dinâmica do homem gira em torno do diálogo. O Direito é linguagem, bem como o é o seu funcionamento. Definida a matriz linguística, nela nos desenvolvemos na busca dos sentidos e da compreensão. Palmer⁹⁰⁸ destaca que “qualquer teoria sobre interpretação humana tem que lidar com o fenômeno da linguagem”.

O ser humano, em essência, busca compreender o pensamento dos demais, sendo a interpretação tão importante quanto captar aspectos objetivos pelo processo empírico. Dilthey destaca que “chamamos compreensão (*Verstehen*) ao processo pelo qual, com a ajuda de signos percebidos do exterior através dos sentidos, conhecemos uma interioridade” ou ao “processo através do qual conhecemos algo de psíquico partindo de signos sensíveis que são a manifestação do psíquico”.⁹⁰⁹ Entretanto, a hermenêutica também pode ser utilizada para justificar os discursos da modernidade, buscando a atribuição de sentido a um modo específico do aspecto social, o que se evidencia com bastante força no campo jurídico diretamente relacionado ao poder político.⁹¹⁰

No âmbito constitucional, os critérios de interpretação devem ser mais abertos à medida que for mais plural a sociedade.⁹¹¹ O poder político democrático é valor fundamental de uma Constituição,⁹¹² sendo que a nossa Constituição Federal traz todo o arcabouço sobre a produção legislativa levada a cabo pelo Poder Legislativo, prevendo também as atribuições do Poder Executivo e do Poder Judiciário, também nessa atividade de criação do direito. E já vimos que a inclinação e preferência que a Constituição Federal conferiu ao Poder Judiciário para resguardar os direitos fundamentais é evidente, embora ainda não totalmente assimilada, o que acarreta diversas críticas.⁹¹³

⁹⁰⁸ PALMER, Richard e. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1969. p. 16.

⁹⁰⁹ DILTHEY. Origens de hermenêutica. In: AGOSTINHO, S. et al. *Textos de hermenêutica*. Trad. Alberto Reis. Lisboa: Rés, 1984. p. 150-151..

⁹¹⁰ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008, 421 f. Dissertação (Doutorado em Direito). UnB – Brasília. 2008, p. 29. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp149009.pdf>. Acesso em: mar. 2017. p. 29.

⁹¹¹ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição* (Die offene Gesellschaft der Verfassungsinter. Ein Beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” Verfassungsinterpretation). Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 13.

⁹¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1195.

⁹¹³ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 144: “E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do ‘oba-oba’”. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da

Por isso, a importância em se evidenciar que a atividade judicial não é inteiramente discricionária, devendo seguir um regramento específico quando busca a elaboração dos enunciados e comandos provenientes de sua decisão. Grau já destacou ser o texto normativo olográfico, por não se completar apenas pelo texto impresso do legislador, imprescindendo que “a ‘completude’ do texto somente é realizada quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete”.⁹¹⁴

A aplicação do direito pressupõe a interpretação, atividade intelectual que se desenvolve à luz de princípios hermenêuticos, objetivando trazer o conteúdo, o sentido e o alcance das regras jurídicas.⁹¹⁵ E na interpretação, até mesmo uma regra pode ser superada. O ponto de partida para a superação de uma regra é trazer uma justificativa condizente, mostrando a sua incompatibilidade para com a finalidade que dela se exigia, a demonstração de que o seu afastamento não geraria insegurança jurídica, demonstrando-se que a justiça pontual não estaria a afastar a justiça geral.⁹¹⁶

Certo que devem ser respeitados limites interpretativos sob pena de desnaturar a criação judicial do direito. Não pode o uso de métodos interpretativos conduzir a um distanciamento exacerbado do texto literal ou ainda por meio de uma anulação de atos dos demais poderes, mesmo quando não se tem clara a inconstitucionalidade de tais atos.⁹¹⁷ Técnicas de intervenção jurídica estão sendo criadas e alteradas, criando novos padrões nas relações entre o Estado e a sociedade, mas não afastam a norma geral e abstrata, que passam a

possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça –, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.”

⁹¹⁴ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 82-83.

⁹¹⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 95.

⁹¹⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 118-119.

⁹¹⁷ ALVES, Francisco Sérgio Maia. O ativismo na atuação jurídico-administrativa do Tribunal de Contas da União : estudo de casos *Revista de informação legislativa*, v. 53, n. 209, p. 307, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520010/001063276.pdf?sequence=1>. Acesso em: 7 de mar. 2019.

existir cercada de novas manifestações do fenômeno jurídico.⁹¹⁸ Portanto, em novos momentos, novos paradigmas, nova estruturação e forma de conduzir são necessárias.

⁹¹⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 276-278.

CAPÍTULO 4. O PROTAGONISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Por ser a jurisdição inerte, o processo democrático está presente no controle de constitucionalidade, eis que o Poder Judiciário só se posiciona quando provocado pelas partes, seja no controle difuso, em que a iniciativa para alegar a inconstitucionalidade é dada a qualquer das partes, seja no controle concentrado, em que se tem um rol restrito de legitimados. Se o STF pode criar o direito, é certo considerar que o faz por provocação das próprias partes e dos legitimados constitucionais que trazem ao Supremo Tribunal Federal pontos que precisam ser explicitados por estarem os textos normativos ou constitucionais implícitos, sugeridos ou mesmo insinuados.

Isso porque o Judiciário decide com base em ponderações trazidas pelas partes, argumentações em torno de uma mesma norma, mas que se mostram contraditórias entre si e muitas vezes até excludentes, devendo realizar interpretações plausíveis, ou seja, uma solução que apresente bons argumentos de correção do enunciado.⁹¹⁹ Há assim, de certa maneira, um processo gradual de valorização do direito em detrimento da política. Dessa forma, é entregue à cúpula do Judiciário a possibilidade de fiscalizar as manifestações de diversos parlamentares eleitos democraticamente, além da função primordial de resolver os conflitos dos particulares e de pacificação social.⁹²⁰

Na modalidade de controle concentrado, compete ao STF a guarda dos ditames constitucionais, cabendo-lhe a missão constitucional de julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, *a*, da CF/1988), análise que pode inclusive ser feita *in limine litis* com a análise do pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade (art. 102, *p*, da CF/1988).

Os legitimados para trazer ações de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade ao STF são: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da

⁹¹⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 413-414.

⁹²⁰ FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles. Novos paradigmas da legitimação democrática da jurisdição constitucional no Brasil. In COUTINHO, Jacinto Miranda (Org.); FRAGALE FILHO, Roberto (Org.); LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 188.

Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República (que ainda é previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade – art. 103, § 1º, da CF/1988); VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103 da CF). E, ainda nos termos do § 3º do dispositivo, “quando o STF apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”.

Percebe-se, assim, que o processo democrático está presente no controle de constitucionalidade concentrado, em face da dimensão dos legitimados a ajuizarem as ações de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade e pela Carta Magna, pontuá-lo acima de todos os três poderes, eis que a Constituição Federal afirma, em seu art. 102, § 2º, que:

as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Impõe ainda, a Constituição Federal que, “[...] declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (art. 103, § 2º, da CF/1988). Percebe-se aqui o valor vinculante das decisões, sendo que, ao contrário de trazer sobreposição de um poder ao outro, o que se está a fazer é garantir a própria independência entre os poderes, eis que se está a se fazer a necessária complementação da atividade legislativa, fixando o conteúdo das normas nas hipóteses de controvérsia.⁹²¹

O modelo de controle da Carta Magna também deve ser replicado para o controle no âmbito dos Estados. A Constituição Federal determina que cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão (art. 125, § 2º, da CF).

⁹²¹ OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional*. Sistema de fuentes. Barcelona: Ariel, 2007. p. 302-303.

Em sede de controle difuso de constitucionalidade a ser feito em qualquer processo judicial por qualquer magistrado, há o poder de cada magistrado de reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma. Tratando-se de órgãos colegiados do Poder Judiciário, exige-se que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público” (art. 97 da CF).

No controle difuso, a palavra final também cabe ao STF sobre o que é ou não inconstitucional, que tem atribuição para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição Federal, quando declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou mesmo quando julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição (art. 102, III, *a e c*, da CF/1988).

No direito pátrio, a análise de constitucionalidade não é exclusiva do Poder Judiciário. No Legislativo, nos termos do art. 52, X, da CF/1988, compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. No âmbito do Executivo, quando na fase do processo legislativo, após a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal concluírem a votação, envia-se o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. Entretanto, se o Presidente da República “considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto” (art. 66, § 1º, da CF/1988).

Dessa forma, em termos de atuação ou seus limites, o problema de se identificar ativismo judicial seria mais objetivo, eis que a Carta Magna traz as esferas de competência. Problema maior surge na análise pontual de cada caso submetido à apreciação, eis que, por ser a Constituição analítica e programática, ao trazer textos com uma necessária abertura semântica, permite em muitos casos leituras distintas, mas totalmente plausíveis e defensáveis ao mesmo tempo, cabendo ao Judiciário deixar claro o sentido da norma. Assim, o controle de constitucionalidade para além dos métodos de interpretação é o aspecto que mais permite ao Poder Judiciário se sobrepor aos demais poderes na definição final sobre a interpretação, integração, exclusão e confirmação das normas. Cappelletti destaca inclusive, que as cortes

constitucionais atuam acima da clássica tripartição de poderes, sendo que o controle constitucional não se enquadraria nem mesmo restrito à atuação típica do Poder Judiciário.⁹²²

Em relação à interpretação judicial ou jurisprudencial, é aquela emanada pelo juiz, integrante do Poder Judiciário.⁹²³ É proveniente das decisões oriundas dos órgãos do Poder Judiciário, nas mais variadas formas de possibilidades de intervenção do poder.⁹²⁴ É importante diferenciar a interpretação judicial da jurisprudencial. A primeira é casuística, pois soluciona casos concretos. A segunda é feita por órgãos encarregados de aplicar as leis. Também conhecida como interpretação jurisprudencial (Direito Italiano).⁹²⁵

No entanto, esses conceitos (interpretação judicial e jurisprudencial) muitas vezes são usados como sinônimos. Venosa destaca que “[...] a resposta dos tribunais que se traduz em sentenças e acórdãos, a jurisprudência, é a interpretação última e aquela que dá vida ao Direito”,⁹²⁶ “[...]vem a ser aquela que realizam os juízes ao sentenciar, encontrando-se nas sentenças, nos acórdãos e súmulas dos tribunais (formando a sua jurisprudência)”.⁹²⁷

Tem força vinculante entre as partes e quando reiterada pelos tribunais, em determinadas matérias passa a se constituir fonte formal de direito,⁹²⁸ sendo que por tal forma de interpretação “se orientam os advogados e se esclarecem os juízes em suas dificuldades ao julgar”.⁹²⁹ Neste contexto, surgem críticas à interpretação das normas realizadas pela Suprema Corte, sob o argumento de que quando a Corte retira do ordenamento uma norma, por

⁹²² CAPPELLETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, v. 3, p. 38, 1961.

⁹²³ FRIEDE, Reis. *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 155; FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 11. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 21-26; GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 177; SCHWARTZ, Norberto. *Noções de direito*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 137; BRANCO, Luiz Carlos. *Manual de introdução ao direito*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2003. p. 86.

⁹²⁴ SECCO, Orlando de Almeida. *Introdução ao estudo do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 202; PAUPERIO, Artur Machado. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 302: “[...] é obra dos tribunais e é tanto mais importante quanto mais alto é o pretório. Dela se deriva a jurisprudência ou a maneira de decisão uniforme de cada relação jurídica, que fixa critérios de julgamento no campo da justiça”.

⁹²⁵ ROQUE, Sebastião José. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2004. p. 110.

⁹²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 196.

⁹²⁷ BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições propedêutica jurídica tridimensional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 380.

⁹²⁸ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 28. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 422.

⁹²⁹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 236.

considerá-la incompatível com a Constituição, tem uma ação política. Isso porque, os membros do Supremo Tribunal Federal, que não possuem representatividade, como ocorre no Legislativo, expurgam do ordenamento jurídico normas aprovadas pelo processo legislativo. Daí, surge a grande preocupação de parte da doutrina.⁹³⁰

Posto isso, depois de consideradas inúmeras metodologias, várias formas de se buscar uma decisão mais justa, ainda é extremamente difícil concluir acerca da criação de um método que seja inteiramente acertado, sem falhas. Conforme foi visto, a justiça se dá de diferentes formas, pode ser ela por meio do cumprimento estrito da legislação vigente, ou por meio da aplicação analógica, ou até mesmo a partir de convicções pessoais dos magistrados ao interpretarem as normas. Todas essas formas citadas nesta tese não deixam de consistir, de certa forma, em um método de decidir ou de realizar o ativismo judicial.

Diante da realidade que se vivencia, da efetivação das políticas públicas, em sede de decisões judiciais, abre a pauta para discussões quanto à legitimidade para instituir e executar (efetivar) as políticas públicas. Tem-se destacado quase como um mantra que o confronto maior entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário poderia trazer danos ao sistema democrático,⁹³¹ mas não seria o contrário, esse confronto necessário e até mesmo inevitável, garantindo o sistema democrático.

Trata-se da ideia de que as políticas públicas, as diretrizes e os objetivos são opções políticas, sendo os legitimados, para tanto, o povo e, por consequência, o Legislativo, sendo que para a execução, o Executivo, nos moldes da clássica visão da tripartição dos Poderes. A entrega dessa legitimidade à função exclusiva do Legislativo decorre da teoria política pautada no liberalismo. De fato, a promoção de determinado direito terá como ponto de partida (e indispensavelmente) a norma, mas será o início da efetivação desse direito.⁹³²

Entretanto, o que se tem constatado pela concretização das políticas públicas é que parcela da possibilidade de se construir as políticas é entregue ao Executivo.⁹³³ Isso porque

⁹³⁰ PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 47.

⁹³¹ BRITTO, Carlos Ayres; VARELLA; ROCHA. Editorial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB, v. 5, número especial, 2015. Brasília: UniCEUB, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP>. Acesso em: 4 mar. 2019.

⁹³² BARCELLOS, Ana Paula. Direitos fundamentais, políticas públicas, informação e desigualdade. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da et al. (Coord.). *Constitucionalismo feminista*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 198.

⁹³³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 270.

governar não significa dizer somente administrar o presente, mas também (e principalmente) planejar o futuro, estabelecendo políticas de longo e médio prazo.⁹³⁴ O exercício dessa função pelo Executivo encontra-se em uma “[...] zona cinzenta devido à necessidade crescente de instrumentos para uma ação ágil do governo”,⁹³⁵ denominado, por “capacidade normativa conjuntural”,⁹³⁶ que significa um aumento de atividade de normas editadas pelo Executivo, pela competência que foi delegada pelo Legislativo. Essa tendência não é privilégio do Brasil, mas é verificada em vários países do Ocidente.⁹³⁷

Inocência Mártires Coelho destaca que ninguém nega que o juiz, quando decide, de algum modo cria o direito, sendo que o cerne da questão não seria se o juiz deve ou pode assumir papel autônomo na elaboração do direito, mas, sim, determinar de que maneira e quais os limites desta colaboração judicial, que se tem como necessária e inevitável, vez que toda lei necessita de certa consistência judicial, ou seja, certa validação pelo Judiciário. A participação do Judiciário na criação do direito será inegável, sendo variante, porém, o tipo de participação, a depender da norma que deverá ser interpretada e desenvolvida no caso concreto.⁹³⁸

Os fatos estão dados e são amplamente percebidos. Há atuação do Poder Judiciário na política e também na criação judicial do direito, sendo necessário se definir uma linha separatória entre a liberdade da jurisprudência e a autoridade da lei.⁹³⁹ O próprio Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, tentou delimitar seu próprio campo de atuação, tarefa não tão fácil em face do caráter extremamente analítico de nossa Constituição. É notável a crise de legitimidade do Legislativo, bem como a ausência de confiança no Poder Executivo.

⁹³⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 102.

⁹³⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 271.

⁹³⁶ GRAU, Eros Roberto. *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo: RT, 1978. p. 69.

⁹³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 101.

⁹³⁸ COELHO, Inocência Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB, v. 5, n. 2, número especial. Brasília: UniCEUB, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3412/2685>. Acesso em: 4 mar. 2019. p. 6.

⁹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Brasília: UniCEUB, v. 5, número especial, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3412/2685>. Acesso em: 4 mar. 2019. p. 13.

Há uma abertura de um vácuo no poder que vem sendo constantemente preenchido por ações afirmativas do Poder Judiciário.⁹⁴⁰

Há vantagens consideráveis em se ter o Poder Judiciário como definidor de políticas públicas, eis que as decisões devem ser fundamentadas, o que não ocorre com profundidade nos demais poderes, além de que as orientações são oriundas de processos dialéticos com possibilidade de serem trazidas ao Poder Judiciário de forma porosa por diversos atores sociais. A própria exigência de fundamentação das decisões pode ser vista como uma espécie de reserva de atuação em determinadas situações.⁹⁴¹

Dessa forma, a criação judicial do direito, por quaisquer das várias formas que ela pode se dar, é algo que não configura qualquer extravasamento por parte dos juízes. Inocêncio Mártires Coelho destaca que o que se convém muitas vezes chamar de ativismo judicial nada mais é do que a velha possibilidade de criação judicial do direito,

antes traduz a sua indispensável e assumida participação na tarefa de construir o direito *de mãos dadas com o legislador*, acelerando-lhe os passos, quando necessário, porque assim o exige um mundo que se tornou complexo demais para reger-se por fórmulas políticas acanhadas e ultrapassadas.⁹⁴²

A constante atribuição de valor vinculante à jurisprudência tem por objetivo garantir a própria separação de poderes, caso a criação e a interpretação das leis ficasse a critério exclusivo do legislador, o que poderia acarretar abusos. E abusos ocorrem até mesmo diante da inércia dos poderes em exercer suas atribuições.⁹⁴³

Assim, complementam-se as atividades legislativa e jurisprudencial, pois quanto mais o Legislativo intensifique suas atribuições, mais o Judiciário será chamado a fazer a

⁹⁴⁰ LEAL, Saul Tourinho. Por dentro das Supremas Cortes: bastidores, televisionamento e a magia da tribuna. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB, Brasília, v. 5, número especial, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3412/2685>. Acesso em: 4 mar. 2019. p. 540.

⁹⁴¹ NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos ; LAZARI, Rafael José Nadim de. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB, v. 5, n. 2, número especial. Brasília: UniCEUB, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3412/2685>. Acesso em: 4 de mar. 2019. p. 218.

⁹⁴² COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB, v. 5, n. 2, número especial. Brasília: UniCEUB, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3412/2685>. Acesso em: 4 mar. 2019. p. 19.

⁹⁴³ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 37-57, jan. 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966/22722>. Acesso em: 10 jul. 2018. p. 49.

transposição das normas para casos concretos ou mesmo, após devidamente instado pelos atores legitimados, fazer o confronto do ato normativo com os ditames da Constituição Federal.⁹⁴⁴ A ligação entre o direito e a realidade é um exercício que tem por objetivo materializar a justiça e garantir a democracia. O juiz é integrador e facilitador a vida social cooperativa, não podendo ser resumido a um mero reproduzidor de textos legais.⁹⁴⁵

A função interpretativa, notadamente as normas constitucionais, o pós-positivismo impõe se fazer a correlação entre valores, regras e princípios, valorizando-se os últimos e os incorporando de forma explícita ou implícita na regra de decisão, fazendo o direito aproximar-se da moral.⁹⁴⁶

Na interpretação constitucional, que parte do amálgama de diversos princípios e métodos, há liberdade do juiz para a eleição dos critérios que seguirá “permitindo-lhe antecipar as decisões” com base na “sua pré-compreensão sobre o que é justo em cada caso”, para, somente após, “buscar fundamentos para dar sustentação discursiva a essas soluções puramente intuitivas, num procedimento em que as conclusões escolhem as premissas, e os fins selecionam os meios”.⁹⁴⁷

Dessa forma, a utilização dos princípios implícitos ou explícitos deve sempre estar presente, ainda quando se utilizem os métodos tradicionais de interpretação, entre eles, o gramatical,⁹⁴⁸ o histórico,⁹⁴⁹ o sistemático⁹⁵⁰ e o lógico.⁹⁵¹ Deve-se sempre buscar assegurar a

⁹⁴⁴ SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. *Revista de informação legislativa*, v. 44, n. 173, p. 281, jan./mar. 2007, 01/2007. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/140970/R173-18.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2019.

⁹⁴⁵ Idem, ibidem.

⁹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 351-352.

⁹⁴⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 31-35.

⁹⁴⁸ ANDRADE, Christiano José de. *Hermenêutica jurídica no Brasil*. São Paulo: RT, 1991. p. 30: “ideia ou crença básica de que as palavras têm um sentido unívoco, que o intérprete deve descobrir e sistematizar; ele busca o significado literal das palavras que são interpretadas isoladamente ou no contexto da oração [...]”

⁹⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 406: “[...] o método traça toda a história da proposição legislativa, desce no tempo a investigar a ambiência em que se originou a lei, procura enfim encontrar o legislador histórico, a saber, as pessoas que realmente participaram na elaboração da lei, trazendo à luz os intervenientes fatores políticos, econômicos e sociais, configurativos da occasio legis”.

⁹⁵⁰ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica jurídica clássica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 37: “A interpretação sistemática é a interpretação da norma à luz das outras normas e do espírito (principiologia) do ordenamento jurídico, o qual não é a soma de suas partes, mas uma síntese (espírito) delas. A interpretação sistemática procura compatibilizar a partes entre si e as partes com o todo – é a interpretação do todo pelas partes e das partes pelo todo.”

unidade da Constituição, procurando o intérprete harmonizar os espaços existentes entre as normas constitucionais, considerando tudo como um sistema unitário de normas e princípios e não como normas isoladas e dispersas.⁹⁵²

O princípio da supremacia da Constituição deve estar sempre presente ao intérprete, não devendo nenhum ato jurídico ou mesmo manifestações de vontade subsistirem se forem incompatíveis com a Lei Fundamental.⁹⁵³ Também o princípio da máxima efetividade deve estar sempre presente. Entre as diversas alternativas plausíveis, prevalece a que resguardar a vontade constitucional.⁹⁵⁴

Quando houver confronto entre dois princípios, deve-se buscar a harmonização entre eles, não havendo regra clara ao intérprete para a escolha sobre qual deve ser prestigiado com mais ênfase.⁹⁵⁵ Dworkin ressaltou:

[...] quando o julgador exauri as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes.

Importante também o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público⁹⁵⁶ e o princípio basilar da interpretação conforme a Constituição.⁹⁵⁷

Os princípios são ordenadores abstratos, por serem normas predominantemente finalistas enquanto as regras são normas onde se predominam as descrições.⁹⁵⁸ Inocência

⁹⁵¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 151: “Erige em premissa maior deste a lei, geral e abstrata; como premissa menor, descreve o fato, despidido de suas peculiaridades concretas, após o que sobrevém a decisão, expressão fria do Direito more geométrico, de corte racionalista, cuja idéia de justiça se exaure na satisfação de um único requisito: a igualdade absoluta dos destinatários da norma legal”.

⁹⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Portugal: Almedina, 1998. p. 1096/1097.

⁹⁵³ BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 150.

⁹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história*. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA. Belo Horizonte: Fórum, ano 4, n. 37, p. 6, mar. 2004. p. 6.

⁹⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 53-54.

⁹⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 193.

⁹⁵⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 22.

Mártires Coelho e Mendes destacam que “os princípios são chamados mandatos de otimização, caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, e a medida do seu cumprimento não depende apenas das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas”.⁹⁵⁹ São pautas genéricas “não aplicáveis à maneira de “tudo ou nada”, que estabelecem verdadeiros programas de ação para o legislador e para o intérprete”.⁹⁶⁰

Com base na observância dessas regras de decisão abre-se caminho para se concretizarem os enunciados jurídico-normativos. Segundo Canotilho, a concretização da norma e dos princípios pressupõe:

(1) criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar); (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa). Em qualquer dos casos, uma norma jurídica que era potencialmente normativa ganha uma normatividade actual e imediata através da sua passagem à norma de decisão que regulamenta concreta e vinculativamente o caso carecido de solução normativa.⁹⁶¹

Dessa forma, destacam-se os três níveis de concretização da norma, o primário que seria a observância da Constituição, o secundário, de nível político-legislativo e o nível executivo-jurisdicional.⁹⁶² O segundo e o terceiro níveis não guardam hierarquia de importância entre si. O primeiro deve ser observado por todos, sendo que, embora todos os poderes sejam dele guardiões, o Judiciário tem essa missão constitucional destacada.

A Constituição Federal, ao definir as atribuições dos Poderes Constituídos de forma exaustiva, não permite outro entendimento senão o de que as diversas instituições públicas, as instituições privadas e inclusive os indivíduos devem atuar em conjunto para buscar sempre a melhor aplicação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. E ao estarem presentes quaisquer das instituições ou indivíduos em um processo judicial, o dever de cooperação, independentemente dos polos, devem sempre estar atuando para buscar a

⁹⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 216.

⁹⁵⁹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007. p. 15. *Apud* COELHO, I. M.; MENDES, G. F. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 37.

⁹⁶⁰ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 6, p. 27, 1993.

⁹⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1221.

⁹⁶² *Idem*, p. 1221-1222.

materialização da verdade a fim de se demonstrar a realidade fática a permitir a incidência da norma correta.

Os fatos devem ser expostos pelas partes de forma verdadeira, completa e cara, devendo o juiz, sempre que possível, incitar as partes para uma condução processual adequada, para que se materialize a função social do processo. Kochem destaca que deve prevalecer o princípio da colaboração, resultado da fusão do princípio dispositivo processual com o princípio da verdade material.⁹⁶³ Com tais princípios as partes possuem a obrigação de esclarecer o substrato fático, evitando-se as alegações pouco claras. Também o dever de debate sobre os fatos relevantes deve se mostrar presente.

As partes devem agir de forma cooperativa para a descoberta da verdade, com uma atuação ética e de respeito mútuos, permitindo a aplicação de todos os princípios atinentes ao processo, principalmente os de *status* constitucional. Inclusive as ponderações dos advogados devem ser realizadas com responsabilidade e boa-fé, não se exigindo, entretanto, que sejam verdadeiras, o que não ocorre em todos os países.⁹⁶⁴

Nosso Código de Processo Civil sofreu influência do ordenamento jurídico português, notadamente pelas reformas que lá ocorreram em 1995 e 1996 no que se refere à lealdade processual. Exige das partes que no processo se comportem com boa-fé.⁹⁶⁵ Ao analisar o pedido da parte, em sua interpretação o juiz analisa o conjunto da postulação permeado pelo princípio da boa-fé.⁹⁶⁶ A própria decisão judicial deve respeitar referido princípio.⁹⁶⁷ A observância e a busca da verdade também se encontram de forma cristalina no Código de

⁹⁶³ KOCHER, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (kooperationsmaxime). *Revista de Processo*. v. 251, p. 9/10, jan. 2016. Disponível em: www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.04.PDF. Acesso em: 6 abr. 2019.

⁹⁶⁴ MAROTI E MASSONI. Litigância de má-fé no processo do trabalho. *Revista Jurídica Consulex*, ano XX, n. 469, 1º ago. 2016, p. 24. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65911>. Acesso em: 10 abr. 2019: “No ordenamento jurídico inglês, impõe-se ao advogado um ‘duty of candor’, como previsto na ‘Rule 22.1’ das ‘Civil Procedure Rules’, de 1999, a qual exige que o conteúdo fático dos atos do processo seja confirmado por uma ‘declaração de verdade’ jurada pela parte e pelo seu defensor, sob pena de uma condenação por ‘contempt of Court’ nas hipóteses em que o juramento for falso. Na Itália, o art 14 do Código deontológico forense determina ao advogado um dever de veracidade, ao determinar que: [...] as declarações prestadas em juízo relativas à existência dos fatos objetivos, que sejam pressuposto específico para uma medida do magistrado, e das quais o advogado tenha total conhecimento, devem ser verdadeiras.”

⁹⁶⁵ Art. 5º do CPC: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

⁹⁶⁶ Art. 322 do CPC: “O pedido deve ser certo. [...] § 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé”.

⁹⁶⁷ Art. 489, § 3º, do CPC: “A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”.

Processo Civil. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade (art. 378 do CPC). São deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo expor os fatos em juízo conforme a verdade (art. 77, I, do CPC).

No campo probatório, as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz (art. 369 do CPC). Inclusive é considerado litigante de má-fé aquele que altera a verdade dos fatos (art. 80, I, do CPC). E a má-fé, que é enumerada pelo próprio Código de Processo Civil,⁹⁶⁸ o que não permite se admitam procrastinação maliciosa, infidelidade à verdade, fraudes e quaisquer formas de temeridade, sendo que, em correndo, são severamente penalizadas.

Há responsabilização por perdas e danos (art. 79 do CPC) e multas (art. 81 do CPC), além de penalidades caso as partes se sirvam do processo para praticar ato simulado ou conseguir algo vedado por lei (art. 142 do CPC). Pode inclusive o juiz responder civilmente quando proceder com dolo ou fraude ou não realizar os atos que de ofício deva realizar (art. 143 do CPC).

Há, dessa forma, um compromisso institucional com a justiça procedimental, devendo-se buscar os resultados com respeito à equidade substancial.⁹⁶⁹ Deve-se buscar um equilíbrio entre competição e cooperação.⁹⁷⁰ Machado destaca que “a importância da busca da ‘verdade’ no processo é (leia-se: deve ser), pelo menos, a de fazer o sujeito cognoscente (no processo: partes e juiz) seguir o caminho correto e justo para a aplicação do Direito e consolidação (pacificação) da decisão”.⁹⁷¹

⁹⁶⁸ Art. 80 do CPC: “Considera-se litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos; III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI – provocar incidente manifestamente infundado; VII – interpor recurso com intuito manifestamente protelatório”.

⁹⁶⁹ MAROTI E MASSONI. Litigância de má-fé no processo do trabalho. *Revista Jurídica Consulex*, ano XX, n. 469, 1º ago. 2016, p. 24. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65911>. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁹⁷⁰ BARBOSA, Emerson Silva. Alguns problemas da verdade no processo penal. *Revista de Direito de Polícia Judiciária*, ano 2, n. 3 p. 80, jan./jun/2018. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RDPJ/issue/archive>. Acesso em: 12 abr. 2019.

⁹⁷¹ MACHADO, Vitor Gonçalves. *Breves considerações sobre a verdade e sua importância para o direito*. Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e6fa05c07b144b6f. Acesso em: 12 abr. 2019.

Nos processos em que se verificam o controle de constitucionalidade, seja ele o difuso ou o concentrado, mais ainda se mostra evidente a necessidade de cooperação, devendo-se, em igualdade, ser assegurado às partes influir no convencimento do juiz, cooperando entre si e com este, para que, por meio do diálogo, possa-se praticar o processo também com justiça na construção da verdade.

Os direitos fundamentais não podem aguardar o estabelecimento de novas estruturas para se efetivarem. Precisam ser efetivados (pelas políticas públicas) na mesma velocidade, ou no mundo ideal, de forma anterior do que as necessidades humanas. Assim, quando a vigente Constituição atribui ao Judiciário a solução dos conflitos individuais ou coletivos, considerou este Poder como o capaz de tutelar os direitos, e, quando necessário, efetivar direitos, especialmente os Direitos Fundamentais, pelo instrumento denominado políticas públicas.

4.1 CASUÍSTICA: O STF DE 2008 A 2018

Para se poder identificar o ativismo democrático-construtivo, necessário antes se fazer um apanhado em torno de julgados do STF em que se pode ou não ter uma decisão com viés ativista.

O marco temporal de 2008 a 2018 foi escolhido tendo em vista que o fenômeno de uma maior proatividade do STF em temas afetos aos demais poderes políticos passou a ocorrer de forma mais evidente, diante das determinações da própria Constituição Federal de 1988, eis que com base em seu arcabouço normativo é que se têm as bases de uma maior exigência do Poder Judiciário para fins de resguardar os direitos fundamentais.

O marco temporal inicial escolhido que se inicia no período de 20 anos após a vigência da Constituição Federal, o que se considerou como um tempo razoável para fins de verificação de sedimentação constitucional dos temas sobre a Constituição. E com a análise no período relativo aos dez anos subsequentes, permite-se verificar como a corte se posiciona em temas complexos decorrentes da própria existência de uma sociedade complexa e a relação que os demais poderes mostraram para com tais temas.

A primeira etapa consiste em selecionar as decisões proferidas no lapso temporal indicado (2008 a 2018). Após, foram analisadas as decisões sob a ótica do objeto demandado, selecionando apenas aquelas que se tratavam de políticas públicas. Entre elas, foram

identificadas as decisões ativistas (no aspecto proposto desta tese), ou seja, aquelas que se apresentavam uma solução inovadora a um conflito de um caso concreto. Nesse universo ainda, foram selecionadas pontualmente decisões proferidas em casos considerados emblemáticos, passando a analisá-las na presente tese, com o fim de comprovar o ativismo democrático-construtivo como necessário e inevitável, nesse espaço tempo, inclusive como forma de garantir o Estado Democrático de Direito e a efetividade dos Direitos Fundamentais.

Para tanto, o objeto de pesquisa considerou as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, o que abrangeu as súmulas, súmulas vinculantes, ações de arguição de descumprimento de preceito constitucional, ações diretas de inconstitucionalidade e ações diretas de constitucionalidade. Também se analisaram alguns julgados decorrentes do controle difuso de constitucionalidade tendo em vista o reconhecimento do tema de repercussão geral.

Para se analisarem os julgados, em cada um deles, buscou-se o catálogo das seguintes informações: classe do julgado, texto da súmula ou da ementa do julgado, bem como da parte dispositiva que traz a tese principal do julgado. Também se buscou em cada uma das análises identificar o ramo do direito envolvido, o tema da decisão, transcrevendo-se o artigo constitucional relacionado, bem como do dispositivo da legislação infraconstitucional envolvida. Na análise, também se fez a transcrição do precedente judicial envolvido.

Em cada um dos julgados, afirmou-se tratar ou não a decisão sobre políticas públicas. Aqui no particular, já se mostrou uma dificuldade a ser destacada, o que pode ser considerado política pública. Isso porque, conforme já destacado em capítulos anteriores, as políticas públicas seriam os programas, os arranjos institucionais e o conjunto de ações que refletem diretamente na sociedade civil, mercado e seara pública. Envolve escolhas e melhor alocação de serviços públicos.

Percebe-se assim ser amplo o rol de temas que possam envolver políticas públicas, o que ficou evidenciado na presente pesquisa, demonstrando que várias decisões judiciais se enquadram na temática, conforme se percebe das análises das estatísticas que envolvem cada categoria de julgado. Assim, com o fim de constar a ocorrência de julgados em controle de constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal em matéria de política pública, passou-se a analisar quantitativamente os casos, para no título 4.5 analisar qualitativamente as decisões, identificando e comprovando o ativismo democrático-construtivo.

4.2 SÚMULAS VINCULANTES

A edição de Súmulas Vinculantes encontra-se prevista no art. 103-A, da vigente Constituição Federal, que foi introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, conhecida por emenda da Reforma do Judiciário. Diferentemente da súmula comum, que é apenas um instrumento formal de exteriorização de uma dada orientação jurisprudencial, trazendo apenas um resultado a servir de paradigma para decisões futuras, sem expressão normativa, a súmula vinculante possui força normativa e com efeito vinculante em relação a todos os órgãos da Administração Pública, inclusive do Poder Judiciário, a partir da sua publicação na imprensa oficial.

Os legitimados a propor a edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante são aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103-1, § 1º, da CF/88). Tem por objetivo “a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (art. 103-1, § 1º, da CF/88).

Pontua-se que não foram objeto desta análise as súmulas sem efeito vinculante, pois, conforme se percebe das datas das edições dos verbetes,⁹⁷² não se editou nenhuma nova súmula no período de 2008 a 2018. A última súmula editada quando da realização da pesquisa fora a de número 736, aprovada em Sessão Plenária de 26/11/2003 e publicada em 09, 10 e 11/12/2003. Logo, as súmulas sem caráter vinculante não foram analisadas.

Como ato originário do Supremo Tribunal Federal tem natureza normativa, é, de certo modo, um ato de criação do direito mais do que de aplicação do direito pátrio. Porém, não é como o legislador, que tem a liberdade de legislar nas matérias competentes, enquanto o outro deve dizer o direito toda vez que lhe é procurado. Logo, não se trata de ato legislativo, seja na forma ou no conteúdo, e não atravessa o Princípio da Separação dos Poderes, apenas se aproxima da atividade legislativa.⁹⁷³

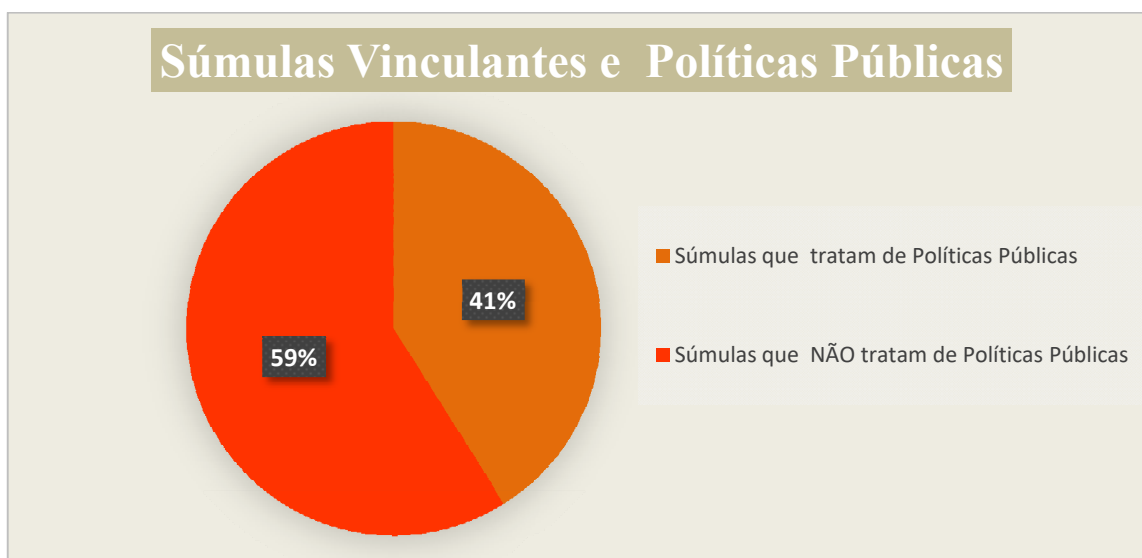
Uma forma de se preservar a atuação dos demais poderes é a previsão de que “não se admite reclamação contra omissão da Administração Pública, sob fundamento de ofensa a

⁹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Súmula do STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf. Acesso em: 8 maio 2019.

⁹⁷³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 294:

súmula vinculante, quando não demonstrado o esgotamento das vias administrativas”.⁹⁷⁴ Também não ofende a súmula vinculante atos anteriores à decisão emanada da Suprema Corte.⁹⁷⁵

Utilizando-se da metodologia eleita para esta tese, e, com base na pesquisa realizada, foram analisadas 56 (cinquenta e seis) Súmulas Vinculantes (n. 01 até a de n. 56). Primeiro, consolidou-se a ocorrência das Súmulas, analisando se tratavam ou não de assunto envolvendo política pública. Constatou-se que do total analisado (56 – cinquenta e seis), 23 (vinte e três) tratavam de política pública, enquanto 33 (trinta e três) não tratavam sobre política pública, materializando-se na seguinte proporção, 41% (quarenta e um por cento) das Súmulas Vinculantes podem ser consideradas como direcionadas a políticas públicas, conforme o gráfico abaixo.⁹⁷⁶



Tal situação demonstra que a concretização de um rol de políticas públicas perpassa pela atuação do Poder Judiciário, mais especificamente, pelo Supremo Tribunal Federal, pois esses 41% (quarenta e um por cento) também representam uma insatisfação (seja por um direito lesionado ou suposição de lesão ao direito) de um particular em relação à política pública instituída (ou não instituída satisfatoriamente) pelos outros Poderes.

⁹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Reclamação n. 14.343/CE*. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgado em: 27 fev. 2014, *DJE* 28 mar. 2014.

⁹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Reclamação n. 8.111/SP*. Relator: Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 2 mar. 2011. *DJE* 28 mar. 2011.

⁹⁷⁶ Gráfico elaborado pela própria autora, com base nos dados pesquisados.

4.3 AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

A previsão constitucional se encontra no art. 102 , I, *a*, da vigente Constituição Federal. Aqui, em sede de controle concentrado de normas federais e estaduais,⁹⁷⁷ de natureza objetiva, sem a existência de um caso concreto base,⁹⁷⁸ tem-se uma ampla gama de possibilidades de se atacar normas editadas pós Constituição Federal de 1988.⁹⁷⁹ Com as ações, busca-se o reconhecimento da nulidade de leis e demais atos normativos do poder público dotados de generalidade e abstração,⁹⁸⁰ contrários à normatividade constitucional. Nessas ações, em face da definição e legitimidade para agir, constitui-se uma forma de se assegurar a democracia, podendo inclusive o vício reconhecido beneficiar vários destinatários, superando-se o âmbito de abrangência dos representados pela entidade ajuizadora das ações.⁹⁸¹

Inclusive leis já revogadas podem continuar sendo objeto de apreciação. O Supremo Tribunal Federal entende que

o fato de a lei objeto da impugnação ter sido revogada, não diria, no curso dos processos, mas já quase ao cabo deles, não subtrai à Corte a jurisdição nem a competência para examinar a constitucionalidade da lei até então vigente e suas consequências jurídicas, que, uma vez julgadas procedentes as três ações, não seriam, no caso, de pouca monta.⁹⁸²

As emendas constitucionais também podem ser objeto de verificação pelo Supremo Tribunal Federal que já assentou ser “admissível a ação direta de inconstitucionalidade de emenda constitucional, quando se alega, na inicial, que esta contraria princípios imutáveis ou

⁹⁷⁷ “Em se tratando de lei municipal, o controle de constitucionalidade se faz, pelo sistema difuso – e não concentrado – ou seja, apenas no julgamento de casos concretos, com eficácia inter partes e não *erga omnes*, quando confrontado o ato normativo local com a CF. O controle de constitucionalidade concentrado, nesse caso, somente será possível, em face da Constituição dos Estados, se ocorrente a hipótese prevista no § 2º do art. 125 da CF. STF; ADI 209, Relator: min. Sydney Sanches, j. 20-5-1998, P, *DJ* de 11-9-1998.]; = ADI 5.089 AgR, Relator: min. Celso de Mello, j. 16-10-2014, P, *DJE* de 6-2-2015”.

⁹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.551/MG*. Relator: Min. Celso de Melo. Julgado em: 2 abr. 2003. *DJE* 20 abr. 2000.

⁹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.111/RN*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgado em: 30 jun. 2017. *DJE* 8 ago. 2017.

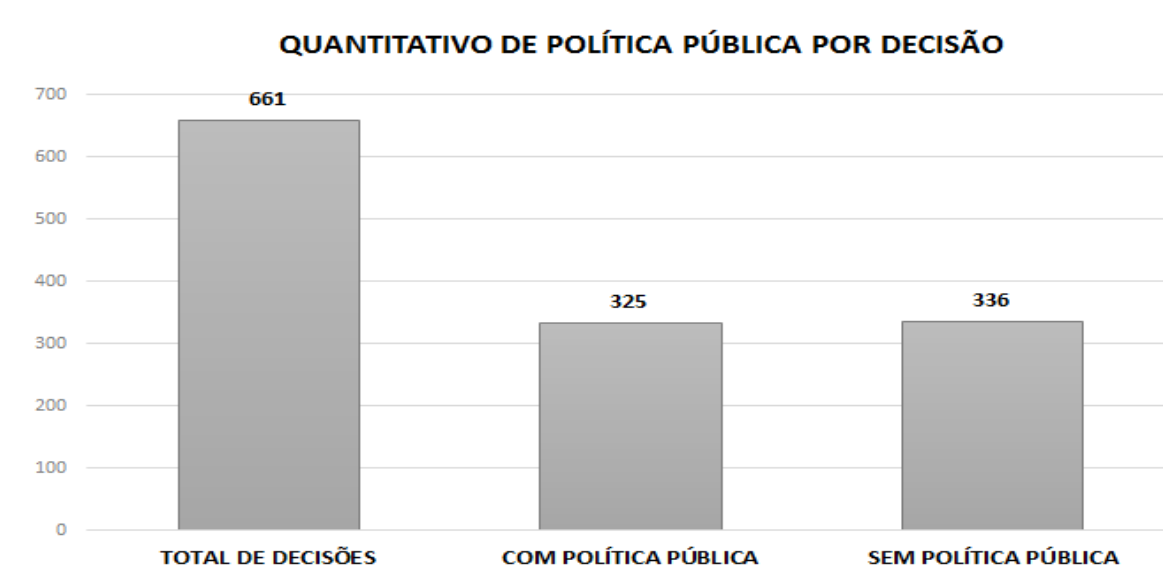
⁹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.573/DF*. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 1º dez. 2005. *DJE* 12 dez. 2005.

⁹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.364/SC*. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 2 mar. 2011. *DJE* 21 mar. 2011.

⁹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.835/SC*. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 17 set. 2014. *DJE* 2 out. 2014.

as chamadas cláusulas pétreas da Constituição originária (art. 60, § 4º, da CF)”.⁹⁸³ Não se permite, entretanto, declarar a inconstitucionalidade de normas originárias da CF considerando-se, umas contra outras.⁹⁸⁴ Também nem as súmulas por não se configurarem em atos normativos,⁹⁸⁵ e nem os tratados e convenções internacionais já incorporados ao direito pátrio⁹⁸⁶ podem ser objeto das ações por este controle concentrado.

Em análise às Ações Diretas de Inconstitucionalidade, construiu-se o seguinte gráfico.⁹⁸⁷



Analisando os julgados quanto ao objeto (se tratam de políticas públicas ou não), tem-se que de 2008 a 2018, foram proferidas 661 (seiscentos e sessenta e uma) decisões pelo STF em sede de ADI, sendo 325 (trezentas e vinte e cinco) com tema de políticas públicas e 336 (trezentas e trinta e seis) sem tratar de política pública. Ou seja, aproximadamente 49% (quarenta e nove por cento) das matérias abordadas em ADI referem-se a políticas públicas. Portanto, o STF é um grande ator na concretização das políticas públicas. E, ele assim o faz, por seu papel entregue constitucionalmente de guardião da Constituição, utilizando como instrumento o ativismo democrático-construtivo.

⁹⁸³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.307/DF*. Relator: Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 11 abr. 2013. *DJE* 22 abr. 2013.

⁹⁸⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 815/DF*. Relator: Min. Moreira Alves. Julgado em: 28 mar. 1996. *DJE* 9 abr. 1996.

⁹⁸⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 594/DF*. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgado em: 19 fev. 1992. *DJE* 28 fev. 1992.

⁹⁸⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 4 set. 1997. *DJE* 4 set. 1997.

⁹⁸⁷ Gráfico elaborado pela própria autora, com base nos dados pesquisados.

4.4 AÇÕES DE CONSTITUCIONALIDADE E ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF)

A base normativa, legitimidade e considerações para as ações de constitucionalidade e ADPF são as mesmas das que fizemos em relação às ações diretas de inconstitucionalidade. Esta ação está prevista no art. 102, § 1º, da CF, esta ferramenta também trouxe ganho de amplitude em relação à fixação das diretrizes dos rumos políticos de outras instâncias de poder. Visa analisar a legislação em vigor mesmo antes da Constituição Federal de 1988, permitindo a verificação ou não da recepção da norma pela Constituição Federal.

Nessa ação o requerente deverá indicar a lesão ou ameaça ao preceito fundamental, reconhecido como tal pelo Supremo Tribunal Federal. Também, serão objeto da ADPF atos do Poder Público anteriores à Constituição.⁹⁸⁸ Os legitimados à propositura dessa ação são os mesmos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.⁹⁸⁹

Embora já sejam demasiadas as exigências do Supremo Tribunal Federal no que se refere à sua competência constitucional originária, o controle final de constitucionalidade difuso também nele recai. Em ambas as modalidades recursais, a força da Corte Suprema mostra-se evidente, ao pacificar quase qualquer tipo de decisão dos órgãos judiciais *a quo* que de alguma forma contrariem a Constituição.

Em sede de recurso ordinário compete ao Supremo Tribunal Federal julgar o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, se denegatória a decisão, bem como o julgamento de crime político após decisão do juiz federal. Mas, nem todas as decisões são recorríveis via recurso ordinário ao Supremo. Por exemplo, “não cabe, para o STF, recurso ordinário contra decisão denegatória de *habeas corpus* proferida por turma recursal vinculada ao sistema dos Juizados Especiais Criminais, eis que tal órgão judiciário não se subsume à noção constitucional de tribunal superior (CF, art. 102, II, *a*)”.⁹⁹⁰

⁹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 1-7/RJ*. Relator: Min. Néri da Silveira. Julgado em: 3 fev. 2000. *DJ* 7 nov. 2003.

⁹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 226/RS*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 11 mar. 2011. *DJE* 17 mar. 2011.

⁹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 87.449/RJ*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 7 mar. 2006. *DJ* 3 ago. 2007.

Nos tribunais superiores, exige-se que a decisão recorrida seja a colegiada, eis que “impõe-se que a decisão denegatória do mandado de segurança resulte de julgamento colegiado, proferido, em sede originária, por tribunal superior da União (TSE, STM, TST e STJ)”, sendo que quando se tratar de decisão monocrática, proferida pelo relator da causa mandamental, “[...] torna-se indispensável – para que se viabilize a interposição do recurso ordinário para a Suprema Corte – que esse ato decisório tenha sido previamente submetido, mediante interposição do recurso de agravo (agravo regimental), à apreciação de órgão colegiado competente do tribunal superior da União”.⁹⁹¹

Já em sede de recurso extraordinário, cabe ao Supremo Tribunal Federal a análise das causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal (art. 102, III, da Constituição Federal).

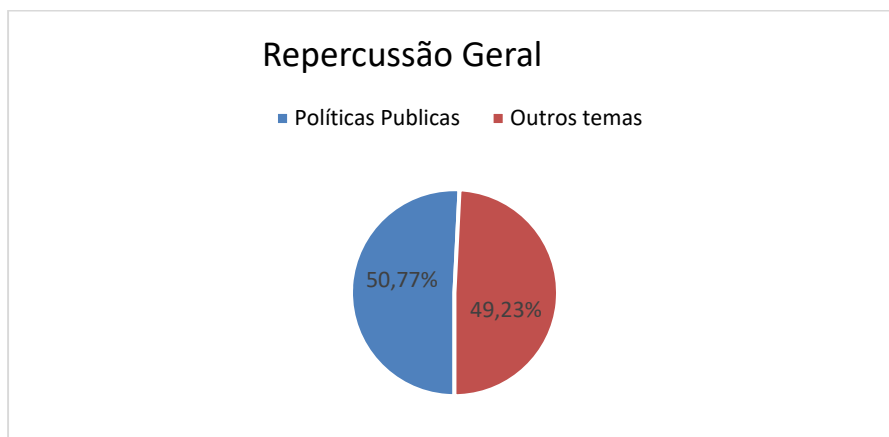
Respeita-se, entretanto, a atuação das instâncias hierarquicamente inferiores quando razoáveis, ainda que não ostentem a melhor interpretação (Súmula 400/STF). A tarefa é hercúlea, sendo o Supremo Tribunal Federal indicado como um dos tribunais com mais atribuições no mundo. Nem mesmo decisões de menor complexidade ou infrações de menor potencial ofensivo lhe escapam, por ser “cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal” (Súmula 640/STF).

A onipresença do STF nas causas é gigante, eis que “conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie” (Súmula 456 do STF), não sendo aplicáveis os efeitos *ex nunc* no âmbito do controle difuso.⁹⁹² Mas, não se pode esquecer dos pressupostos específicos de admissibilidade previstos na própria Constituição, como exemplo, “simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário” (Súmula 454/STF), para exame de direito local (Súmula 280/STF) e nem para reanálise de fatos e provas (Súmula 279/STF) não tem cabimento o recurso.

⁹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 30.580/DF*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgado em: 14 fev. 2012. *DJE* 29 fev. 2012.

⁹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n. 748.786/RJ*. Relator: Min. Eros Grau. Julgado em: 18 ago. 2009. *DJE* 27 ago. 2009.

Com base no objeto da presente pesquisa, foram analisadas 136 (cento e trinta e seis) decisões com repercussão geral, destas 50,77% (cinquenta, setenta e sete por cento) envolveram políticas públicas. Direito Tributário é o ramo do direito em que mais se traz temas sobre políticas públicas, note-se no gráfico.⁹⁹³



Não permite, entretanto, a desconstituição da autoridade da coisa julgada⁹⁹⁴ e nem é a “via adequada para se obter a interpretação, a revisão ou o cancelamento de súmula vinculante”.⁹⁹⁵

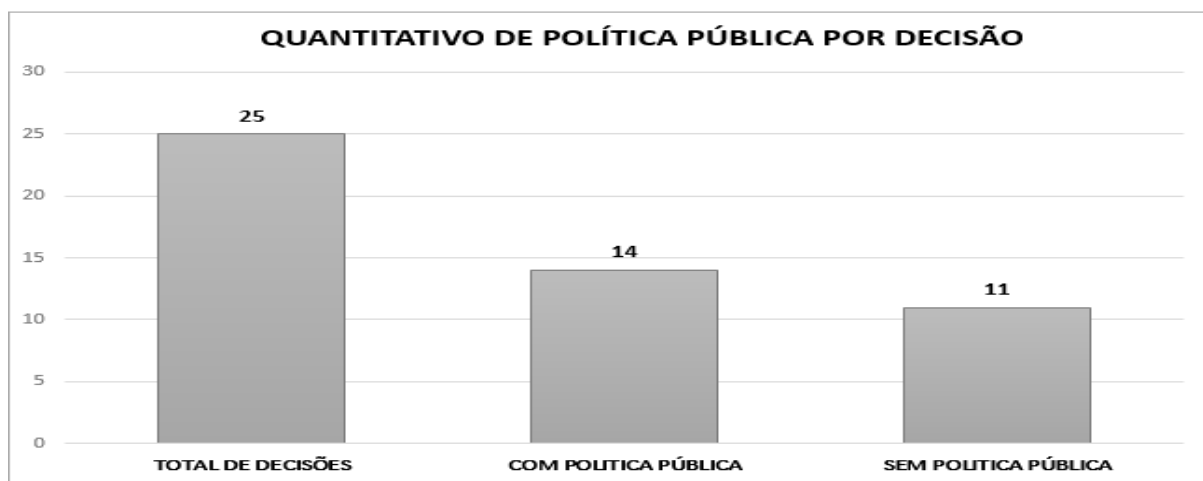
Para objeto de amostragem nesse trabalho foram analisadas 25 (vinte e cinco) ações de arguições de descumprimento fundamental com decisão final já prolatada, dessas constatou-se que 14 (quatorze) podem ser consideradas com o tema de políticas públicas, conforme demonstrado no gráfico seguinte.⁹⁹⁶ Os ramos do direito que mais contêm políticas públicas são Direito Constitucional, Direito Penal e Direito Ambiental.

⁹⁹³ Gráfico elaborado pela própria autora, com base nos dados pesquisados.

⁹⁹⁴ BRASI, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 288/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 22 out. 2013. *DJE* 24/out. 2013.

⁹⁹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 14/DF*. Relator: Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 24 mar. 2011. *DJE* 4 abr. 2011.

⁹⁹⁶ Gráfico elaborado pela própria autora, com base nos dados pesquisados.



4.5 ANÁLISES PONTUAIS DE ATIVISMO DEMOCRÁTICO-CONSTRUTIVO EM POLÍTICA PÚBLICA

Para iniciar as análises pontuais do ativismo necessário e inevitável, realizado pelo STF, em matéria de políticas públicas faz-se necessário trazer, mesmo que de maneira sintética, as decisões proferidas naquela Corte, com transferência significativa de poder das instituições políticas tradicionais (Poder Legislativo e Executivo para o Judiciário), ou seja, visualizando, assim, uma judicialização qualitativa.

Dessa forma, apresentam-se algumas decisões que traduzem a judicialização mencionada, nas quais o Supremo cumpre sua missão institucional de salvaguardar os valores constitucionais, concretizar os direitos fundamentais e tutelar a democracia. Assim, pontual, mas não de forma excludente, a considerar a existência de outros julgados que também expressam, o aqui denominado, ativismo-democrático construtivo. Assim, é possível constatar que cada vez mais, os temas sociais, os mais variados, passam ao necessário crivo da Corte Constitucional.

Apresentam-se os julgados selecionados que fundamentam a presente tese de doutoramento:

A) Proibição do nepotismo nos três poderes (ADC n. 12, Relator: Min. Carlos Ayres Britto⁹⁹⁷ e RE n. 579.951, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski⁹⁹⁸);

⁹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12/DF*. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em: 21 ago. 2008. DJE 11 set. 2008.

B) Constitucionalidade da lei que autorizou pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI n. 3.510, Relator: Ministro Carlos Ayres Britto⁹⁹⁹);

C) Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol (Ação Popular n. 3.388/RR, Relator: Ministro Carlos Ayres Britto¹⁰⁰⁰);

D) Equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas (ADPF n. 132¹⁰⁰¹ e ADI n. 4.277,¹⁰⁰² Relator: Ministro Carlos Ayres Britto);

E) Legitimidade das cotas raciais em favor de negros para ingresso em universidades públicas (APPF n. 186, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski¹⁰⁰³) e em cargos públicos (ADC n. 41, Relator: Ministro Luís Roberto Barroso¹⁰⁰⁴);

F) Inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação durante o primeiro trimestre (HC n. 124.306, Relator: Min. Luís Roberto Barroso¹⁰⁰⁵);

G) Ensino religioso nas escolas públicas (ADI n. 4.439, Relator: Min. Luís Roberto Barroso¹⁰⁰⁶).

Na análise de cada decisão, buscou-se verificar os critérios de interpretação que levaram à conclusão sobre o tema e principalmente quanto à análise da necessidade e da inevitabilidade da atuação do Judiciário na (considerada por muitos) criação do direito.

Os julgados apresentados nesses parágrafos são apenas exemplificativos, visto que, ao longo do texto, após se destacar e materializar o que deve ou não possuir uma decisão para

⁹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 579.951/RN*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 21 ago. 2008. *DJE* 11 set. 2008.

⁹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF*. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 29 maio 2008. *DJE* 27 maio 2010.

¹⁰⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Popular n. 3.388/RR*. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em: 19 mar. 2009. *DJE* 24 set. 2009.

¹⁰⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ*. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 5 maio 2011. *DJE* 13 out. 2011.

¹⁰⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF*. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 5 maio 2011, *DJE* 13 out. 2011.

¹⁰⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 26 abr. 2012. *DJE* 3 maio 2012.

¹⁰⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em: 8 jun. 2017. *DJE* 16 jun. 2017.

¹⁰⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 124.306/RJ*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 29 nov. 2016. *DJE* 7 dez. 2016.

¹⁰⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.439/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em: 27 set. 2017. *DJE* 21 jun. 2018.

ganhar o título de ativista, também essas decisões adiante trazidas serão novamente enfrentadas, mas já com um critério de análise do ativismo democrático-constutivo.

4.5.1 Proibição do nepotismo nos três Poderes

Conceitualmente, nepotismo é o favorecimento dos vínculos de parentescos nas relações de trabalho e/ou de emprego. Com essa prática, não se avalia o mérito das pessoas, mas, sim, os laços de parentesco, estabelecendo privilégios aos parentes em detrimento da capacidade técnica de outros, para o exercício do cargo público. Ainda, na nomeação de servidores para exercer cargos ou funções públicas, “[...] a mera possibilidade de exercício dessa influência basta para a configuração do vício e para configuração do nepotismo”.¹⁰⁰⁷

O nepotismo é uma prática patrimonialista presente no país desde a sua colonização. Portugal (nosso colonizador) era patrimonialista e possuía dificuldades para separar os conceitos entre público e privado. Os interesses perseguidos são os particulares, como se públicos fossem. Assim, cria-se uma comunidade formada por pessoas cientes que fazem parte de “um mesmo grupo” – não raro formado hereditariamente, como uma espécie de estrutura de poder. Essa estrutura é encarregada de garantir os interesses de quem detém o poder, inclusive em sua ausência. O governante assim, não busca efetivamente realizar um bom governo, mas sim manipular “lealdades com o cargo público”, em busca de vantagens pessoais mediante troca de favores e empreguismo.¹⁰⁰⁸

Essa prática, presente desde a origem do Brasil, é traço característico dos colonizadores portugueses e explicação de diversas questões que prejudicam a sociedade brasileira.¹⁰⁰⁹ Não basta ter um título ou fazer parte de certos círculos sociais, somente ao possuir um cargo ou uma função pública é que se poderia (pode) alcançar certas regalias oriundas daqueles mais próximos ao poder.¹⁰¹⁰ A sociedade patriarcal consolidada pelos

¹⁰⁰⁷ BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *O que é nepotismo?* Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/o-que-e-nepotismo/Acesso> em 10 jan. 2019.

¹⁰⁰⁸ LOPES, Herton Castiglioni. O nepotismo no Brasil: uma explicação institucionalista a partir das interpretações de Raymundo Faoro e Sérgio Buarque de Holanda. *Economia Ensaios. Revista do Instituto de Economia da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia: IERI-UFU, n. 29 (1), p. 27-30, jul./dez. 2014.

¹⁰⁰⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 100.

¹⁰¹⁰ LOPES, Herton Castiglioni. O nepotismo no Brasil: uma explicação institucionalista a partir das interpretações de Raymundo Faoro e Sérgio Buarque de Holanda. *Economia Ensaios. Revista do Instituto de Economia da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia: IERI-UFU, n. 29 (1), p. 27-35, jul./dez. 2014.

feudos existentes nos primórdios do Brasil também contribuíram em demasia para a construção e consolidação da cultura do nepotismo.¹⁰¹¹

Assim, não é muito trazer que o Brasil vivenciou essa realidade, sem enfrentamentos, por quase quinhentos anos. Foi então que a realidade iniciou uma transformação. Em 2004, com a Emenda Constitucional n. 45, o Brasil atravessou a conhecida Reforma do Poder Judiciário. Nesse momento, criou-se o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, instituição pública que busca melhorar os trabalhos do Judiciário brasileiro, especialmente quanto ao controle e transparência administrativa e processual. Esse órgão foi instalado em 14 de junho de 2005, nos termos do art. 103-B da Constituição Federal, com sede em Brasília/DF e atuação em todo o território nacional.¹⁰¹²

Já em outubro de 2005, o CNJ emite uma resolução,¹⁰¹³ que disciplinava o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento. A Resolução n. 07/2005,¹⁰¹⁴ portanto, veio a conceituar e determinar a anulação dos atos caracterizados pela prática de nepotismo, fundamentada nos princípios da moralidade e impessoalidade, dispostos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Buscava-se, dessa forma, banir, por definitivo, o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário brasileiro.

No entanto, por sua própria natureza jurídica, trazida pela Emenda n. 45, o CNJ somente poderia produzir normas regulamentadoras e não atos normativos primários. E, considerando que, na época, não havia qualquer legislação para proibir o nepotismo, a Resolução foi objeto de várias ações individuais no Judiciário. Neste contexto, e com o fim de evitar mais processos e a ineficácia da resolução, em 02/02/2006, a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) ingressou com a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.

¹⁰¹¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 112-115.

¹⁰¹² BRASÍLIA, Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Quem somos nós*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos> Acesso em: 10 jan. 2019.

¹⁰¹³ Resolução n. 7, de 18 de outubro de 2005. Disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências.

¹⁰¹⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Resolução n. 7, de 18 de outubro de 2005*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2716>. Acesso em: 10 jan. 2019.

12/DF (com diversos interessados). A ação teve como Ministro Relator Carlos Ayres Britto.¹⁰¹⁵

A mencionada ação, contou com pedido de concessão de liminar para suspender os julgamentos de processos que envolviam a aplicação da Resolução objurgada até o julgamento definitivo da ADC. No mérito, pugnava pela constitucionalidade da Resolução com os seguintes fundamentos: a) o CNJ tem competência para zelar a observância dos artigos constitucionais, e apreciar a validade dos atos administrativos praticados pelo Judiciário; b) a vedação do nepotismo é regra constitucional, decorrente dos princípios constitucionais da impessoalidade, igualdade, moralidade e eficiência administrativa; c) a subordinação do Poder Público à juridicidade, conceito mais abrangente que inclui os comandos diretamente veiculados pela CF; d) a resolução não prejudica o necessário equilíbrio entre os Poderes do Estado, nem vulnera o princípio federativo.

Em decisão cautelar, proferida em 16 de fevereiro de 2006, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da Resolução n. 07/2005, sendo confirmada em julgamento definitivo em 20 de agosto de 2008. Necessário se faz pontuar que muito embora a medida cautelar tenha sido concedida em 2006 (período externo a esta tese), o julgamento definitivo deu-se em 20 de agosto de 2008, ou seja, dentro do lapso temporal investigado. Portanto, para análise desta tese, considerou-se, a decisão definitiva, e não a liminar.

Na mesma data do julgamento definitivo supramencionado, o Supremo julgou o Recurso Extraordinário n. 579.951/RN (Recorrente: Ministério Público Estadual do Rio Grande do Norte; Ministro Relator: Ricardo Lewandowski¹⁰¹⁶). Esse recurso, com repercussão geral, buscava atacar acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Isso porque, em sede de decisão do TJ/RN, a apelação, em ação declaratória de nulidade de ato administrativo, foi julgada pelo entendimento de que não existiria inconstitucionalidade ou ilegalidade na nomeação de parentes na esfera da administração pública municipal, por entenderem inaplicável a Resolução do CNJ ao Legislativo e ao Executivo, bem como, pela necessidade de existir lei em sentido formal para normatizar a prática do nepotismo.

¹⁰¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n.12/DF*. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em: 21 ago. 2008. *DJE* 11 set. 2008.

¹⁰¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 579.951/RN*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 21 ago. 2008. *DJE* 11 set. 2008.

Entretanto, no Supremo, a decisão foi unânime no sentido de vedar o nepotismo a todos os Poderes da Administração Pública, mesmo que a Resolução n. 7/2005, do CNJ, seja destinada somente ao Judiciário. Tal entendimento fundamentou-se no fato de que a proibição ao nepotismo decorre da Constituição Federal, e, por isso, torna-se desnecessária a existência de uma lei formal sobre o tema. Assim, o Recurso Extraordinário foi conhecido e parcialmente provido, com os fins de anulação da nomeação, em cargos em comissão dos servidores aparentados com agentes políticos do Executivo e Legislativo.¹⁰¹⁷

Em sessão plenária seguinte, em 21 de agosto de 2008, o Supremo aprova a Súmula Vinculante n. 13¹⁰¹⁸ e estende a vedação de nomeação de parentes dos membros dos Poderes, até o terceiro grau, para cargos de comissão e funções gratificadas.

Para a maioria dos Ministros, a proibição do nepotismo não depende de regulamentação em lei formal, pois a proibição ao nepotismo é decorrente da interpretação dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade.

Com as decisões *supra* e a edição da Súmula Vinculante, a Corte buscou encerrar patrimonialista tão adaptada à cultura brasileira, que remonta seu descobrimento.¹⁰¹⁹ Com esse caso, abriu-se um precedente no STF, sendo um primeiro passo, com o julgamento dessa ADC pela regra do “antinepotismo”, criada pelo CNJ,¹⁰²⁰ buscando, assim, o fortalecimento da República e as práticas patrimonialistas, que pretendem privatizar os espaços públicos.¹⁰²¹

¹⁰¹⁷ Ementa do RE n. 579.951/RN: “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO.NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I – Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II – A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III – Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. IV – Precedentes. V – RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão”.

¹⁰¹⁸ Súmula Vinculante n. 13, STF: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”. Publicada no *DJe* n. 162 de 29/08/2008.

¹⁰¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 26.

¹⁰²⁰ MONTEIRO, Arthur Maximus. Ativismo judicial: panorama atual no Supremo Tribunal Federal. *Revista Jurídica da UNI*, 7, v. XI, n. 1, p. 69, Fortaleza, abr. 2014.

¹⁰²¹ BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *O que é nepotismo?* Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/o-que-e-nepotismo/> Acesso em 10 jan. 2019.

Também, avançaram os caminhos do ativismo judicial praticado pelo STF. Decisões, pensadas por alguns como “inconhecíveis”, no controle de constitucionalidade abstrato, passam a ser conhecidas, buscando uma maior segurança jurídica ao ordenamento jurídico e político do Brasil.¹⁰²²

Porém, é necessário recordar que há muito a população brasileira clamava por mudanças radicais na postura dos parlamentares, que movidos por interesses diversos, esquivavam-se das suas atribuições republicanas. Dessa forma, mesmo com o desejo da maioria da população, nenhum projeto de lei avançava no Congresso Nacional, com o fim de aniquilar o nepotismo da máquina pública.¹⁰²³ Afinal, o nepotismo mantém o privilégio aos poucos.

Por certo então que, o STF agiu “confiante de que, respaldado por uma população insatisfeita com a classe política, nenhum outro poder haveria de confrontar suas decisões. Sem receios, caminhou rumo ao desconhecido”.¹⁰²⁴

Ora, dessa forma, justificada está a presença do ativismo-democrático construtivo, vez que, no caso concreto, não havia outra maneira ao Judiciário para frear os “desmandos” ocorridos em todas as esferas de Poder da Administração Pública, senão julgar pelo conhecimento e constitucionalidade da ADC em discussão. Veja que o Supremo, certamente agiu ao encontro do legítimo detentor de todo o Poder existente em um Estado: a própria sociedade. Por ser necessário frear, defender e organizar a Administração Pública brasileira, o Judiciário assume seu papel constitucional e tutela a Constituição e seus princípios, utilizando-se, para tanto, do ativismo-democrático construtivo.

4.5.2 Constitucionalidade da lei que autorizou pesquisas com células-tronco embrionárias

A Constituição Federal traz uma gama de princípios morais a fim de limitar o Estado. Podemos exemplificar o rol trazendo a previsão da igualdade entre homens e mulheres (art.

¹⁰²² MONTEIRO, Arthur Maximus. Ativismo judicial: panorama atual no Supremo Tribunal Federal. *Revista Jurídica da UNI*, 7, v. XI, n. 1, p. 68, Fortaleza, abr. 2014; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC, ADO*. Comentários à Lei 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 671.

¹⁰²³ FALCONE, Marconi. *Justiça constitucional*. O caráter jurídico político das decisões do STF. São Paulo: Método, 2008. p. 199-203.

¹⁰²⁴ MONTEIRO, Arthur Maximus. Ativismo judicial: panorama atual no Supremo Tribunal Federal. *Revista Jurídica da UNI*, 7, v. XI, n. 1, p. 68, Fortaleza, abr. 2014.

5º, I), os direitos sociais (art. 6º), licença à gestante (art. 7º, XVIII) e a instituição da família como a base da sociedade, com especial proteção do Estado (art. 226). Assim, a questão do início da vida (e, portanto, a existência ou não de aborto), também são inseridas no contexto moral da sociedade e nas diretrizes políticas do Estado.¹⁰²⁵

Esse tipo de enfrentamento tem sido realidade em sede do Supremo Tribunal Federal. A análise quanto à constitucionalidade da Lei de Biossegurança, que autoriza pesquisas com células-tronco embrionárias, julgamento concluído em 29 de março de 2008, “[...] foi um dos primeiros casos em que se confrontaram a visão secular e a visão religiosa da vida”.¹⁰²⁶ A decisão deste caso, e outros similares trazem a interpretação dos princípios de uma forma mais clara, reconstruindo o seus sentidos por uma argumentação compartilhada. Ainda, coloca-se o Estado em seu papel de proteção da sacralidade ou do valor intrínseco da vida humana.¹⁰²⁷

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n. 3.510, (Relator: Ministro Ayres Britto), que teve por objeto a Lei n. 11.105/2005, abordou-se o tema da tutela constitucional da vida embrionária. A ação foi proposta pela Procuradoria-Geral da República – PGR, que pugnava pela declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da mencionada Lei, por defender que não haveria permissão legal para a utilização de células dos embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*. A decisão dessa demanda repercutiu em diversos meios, seja o médico, o jurídico e o religioso, sendo sua importância destacada também pelos princípios discutidos, especialmente quanto aos parâmetros da vida e sua proteção.¹⁰²⁸

O argumento apresentado pelo autor (PGR), em síntese, era que a destruição de embriões humanos violaria o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais estimados pela vigente Constituição. Isso porque, defendeu-se que a vida se inicia desde a fecundação do óvulo e, ao utilizar as células embrionárias, os embriões são

¹⁰²⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; CHUEIRI, Vera Karam de. Por uma leitura moral dos “domínios da vida”: uma interpretação não moralista sobre o aborto. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN. Melina Girardi (Coord.); NOWAK, Bruna (Org.). *Constitucionalismo feminista*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 369.

¹⁰²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 26.

¹⁰²⁷ DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 13.

¹⁰²⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; CHUEIRI, Vera Karam de. Por uma leitura moral dos “domínios da vida”: uma interpretação não moralista sobre o aborto. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN. Melina Girardi (Coord.); NOWAK, Bruna (Org.). *Constitucionalismo feminista*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 371.

destruídos, ceifando a vida (para aqueles que entendem que já existiria vida desde esta fase). Foram apresentadas diversas doutrinas médicas nesse sentido. Nos autos, vários interessados sobre o tema, os quais citamos: Contectas Direitos Humanos, Centro de Direitos Humanos – CDH, Movimento em prol da Vida – MOVITAE, Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gêneros – ANIS, Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB. Também, o *Jornal Folha de S. Paulo* estampou como manchete a seguinte frase: “Corte Católica decidirá futuro da ciência”.¹⁰²⁹

O julgamento expressou claramente os avanços científicos que possibilitarão às futuras (quiçá não tão longínquas) cura e/ou tratamento e cura de diversas problemáticas que afetam a vida dos seres humanos. Para tanto, foi necessário aos Ministros retomar e refletir acerca das teorias para compreensão e definição do início da vida, e quais limites abarcariam a proteção constitucional à vida e sua dignidade.

Inicialmente, entende-se que a proteção engloba tanto as pessoas já nascidas, como também o embrião e o feto. Entretanto,

[...] os textos deontológicos de medicina, ou mesmo as normas postas pela biotética e no plano dos organismos internacionais referem-se à condição do embrião como pessoa humana em potencial. Se é em potencial é porque ainda não se reconhece na condição plena de pessoa o embrião e o feto.¹⁰³⁰

Assim, o STF precisou enfrentar uma série de questões, que envolviam a análise da constitucionalidade da Lei da Biossegurança, adentrando em critérios científicos e fazer a ligação desta com ditames das normas Constitucionais. Isso porque, a pesquisa científica com as células-tronco foi autorizada pela Lei 11.105/2005, objetivando melhores tratamentos e cura de patologias que limitam e prejudicam em demasia a qualidade de vida das pessoas diagnosticadas com doenças como “[...] atrofias espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor”.¹⁰³¹

¹⁰²⁹ FREITAS, Silvana de; NUBLAT, Johanna. Corte católica decidirá sobre futuro da ciência. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, domingo, 02 de março de 2008. *Ciência*. *Apud* BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; CHUEIRI, Vera Karam de. Por uma leitura moral dos “domínios da vida”: uma interpretação não moralista sobre o aborto. *In*: SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (Coord.); NOWAK, Bruna (Org.). *Constitucionalismo feminista*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 371-372.

¹⁰³⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 47.

¹⁰³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF*. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 29 maio 2008. *DJE* 27 maio 2010.

E “a escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou despreço pelo embrião ‘in vitro’, porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio”.¹⁰³² O amálgama com as disposições constitucionais destaca que a escolha legislativa se deu no “no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica ‘a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça’ como valores supremos de uma sociedade mais que tudo ‘fraterna’”.

A decisão promoveu uma análise do direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana com uma leitura moral desses direitos fundamentais. Por um lado, buscou-se tutelar o embrião congelado de pesquisas, e, em paralelo, buscou-se trazer esperança de cura nas pesquisas com células-tronco.¹⁰³³

Há, inclusive, necessárias inserções do julgado no campo científico ao se trazer afirmações sobre quando se pode considerar como iniciada a vida, elucidando a diferença técnica entre as definições de embrião, feto e a pessoa humana, posto que não existe pessoa humana embrionária, mas sim, embrião de pessoa humana. Logo, na Lei de Biossegurança não trata de “[...] uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível”. Ademais, o Direito protege a cada fase do desenvolvimento biológico humano de forma diferente, sendo que o embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas “[...] não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição”.¹⁰³⁴

Convém trazer que esse julgamento não foi unânime (6 votos a 5), mas culminou na conclusão da constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança e improcedência da ação, trazendo como suficientes as restrições de cautela já constantes da norma infralegal.¹⁰³⁵ Não é possível saber com precisão os fatos e os motivos que conduziram o Supremo Tribunal

¹⁰³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF*. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 29 maio 2008. *DJE* 27 maio 2010.

¹⁰³³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; CHUEIRI, Vera Karam de. Por uma leitura moral dos “domínios da vida”: uma interpretação não moralista sobre o aborto. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (Coord.); NOWAK, Bruna (Org.). *Constitucionalismo feminista*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 372.

¹⁰³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF*. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 29 maio 2008. *DJE* 27 maio 2010.

¹⁰³⁵ O julgamento da ADI n. 3.510, trouxe em sua Ementa (em síntese) que o uso das células-tronco seria possível apenas para pesquisas científicas de fins terapêuticos, sendo descabida a interpretação conforme com o fim de aditamento da Lei com controles desnecessários, restringindo o avanço das pesquisas. Assim, as restrições apresentadas pela própria Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005) seriam suficientes às cautelas que a matéria requer.

Federal (não individualmente cada Ministro) na decisão da constitucionalidade da lei. Mas é possível extrair que “[...] a formação cerebral é condição para caracterização da pessoa humana”.¹⁰³⁶

Pontua-se que, há outros países que se posicionaram sobre o tema e realizam pesquisas com células-tronco – com legislação específica sobre o tema, como Finlândia, Grécia, Suíça, Holanda, Japão, Canadá, Austrália, Coreia do Sul, Cingapura, China, Rússia, África do Sul, Estados Unidos, México, Reino Unido e Israel.¹⁰³⁷ E, atualmente, países como Dinamarca, Bélgica, Espanha, Noruega, Suécia, França, Índia, Cingapura, Portugal, Irã e China, também permitem o uso de células-tronco embrionárias, desde que sejam respeitadas as limitações impostas pelas leis nacionais. Esses países são na sua maioria democráticos e laicos, com desenvolvimento científico, médico e tecnológico equivalente ou superior ao brasileiro e, juntos, detêm mais da metade da população mundial. Além disso, são países responsáveis pela maior parte das publicações em saúde e acolhem expressivas comunidades religiosas.¹⁰³⁸

O tema não é pacífico. A Itália, por exemplo, tem condições tecnológicas compatíveis com a brasileira, mas criminaliza a pesquisa com células-tronco embrionária. A Argentina também, país dotado de potencial para pesquisa, mas não possui lei sobre o tema, possuindo apenas um Decreto de 1997, que proíbe pesquisa sobre clonagem humana.¹⁰³⁹ Nota-se que essas ponderações não distinguem as linhas de pesquisa adotadas por cada país no estudo das células-tronco embrionárias.

Frisa-se também que, o STF, ao posicionar-se pela constitucionalidade do art. 5º da Lei objurgada, acompanhou a tendência internacional de autorizar a pesquisa com células-tronco embrionárias. Postura essa que é vista como característica de Estados Democráticos que apostam no progresso da ciência, “[...] mas principalmente como uma afirmação ética da

¹⁰³⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; CHUEIRI, Vera Karam de. Por uma leitura moral dos “domínios da vida”: uma interpretação não moralista sobre o aborto. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (Coord.); NOWAK, Bruna (Org.). *Constitucionalismo feminista*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 372.

¹⁰³⁷ LOUREDO, Paula. *Países onde é permitido o uso de células-tronco*. Disponível em: <http://www.brasilecola.com/biologia/celula-mae3.htm>. Acesso em: 14 jan. 2019.

¹⁰³⁸ SILVA, Danúbia Cantieri. A tutela constitucional da vida embrionária: a ADI 3510 à luz do ativismo judicial. O seu portal jurídico na Internet. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15430. Acesso em: 14 jan. 2019.

¹⁰³⁹ DINIZ, Debora; AVELINO, Daniel. Cenário internacional da pesquisa em células-tronco embrionárias. *Revista da Saúde*, Brasília: Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, 2008. p. 546.

relevância do princípio da liberdade de pesquisa para a promoção do conhecimento como um bem público [...]”.¹⁰⁴⁰

Registram-se posições que a ausência de coerência interna no âmbito do Supremo Tribunal Federal e na própria decisão em discussão, bem como por não existir consenso na razão da decisão, tornaria difícil (impreciso) que as próximas decisões sigam a mesma linha de interpretação com coerência histórica e prática constitucional.¹⁰⁴¹ Mesmo assim a decisão proferida já se materializou no mundo fático e, até que se altere o entendimento dos princípios fundamentais exarados, o caminho definido nesta decisão deverá ser respeitado.

Veja-se que, mesmo inexistindo no Brasil uma norma expressa acerca do momento exato que se efetiva a vida, o Supremo inevitavelmente precisou responder à sociedade sobre o tema levantado em sede da ADI n. 3.510. Não poderia, nesse caso, evitar transcorrer sobre o tema e seus complexos emaranhados, com o fundamento de inexistência de norma expressa. Por própria imposição legal, o Judiciário precisa entregar o direito. Logo, no caso telado, há expressiva existência do ativismo defendido nesta tese: ativismo-democrático construtivo.

4.5.3 Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol

Outro exemplo de ativismo judicial do acórdão do Supremo Tribunal Federal é a decisão proferida na Ação Popular 3.388/RR, proposta pelo então Senador Augusto Affonso Botelho Neto, assistido pelo, então também Senador, Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, ambos do Estado de Roraima, na qual se debatia a constitucionalidade do modelo contínuo de demarcação da terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no estado de Roraima, realizada pela Portaria n. 534/2005 e posteriormente homologada pelo Decreto Presidencial de 15 de abril de 2005.

Apenas para melhor elucidação do caso, a área denominada Raposa do Sol é formada por imensas planícies, que, em razão da qualidade da terra, atraiu vários produtores rurais. O impacto dessa cultura para a região era tamanho, que o Estado passou a atrair novos

¹⁰⁴⁰ DINIZ, Debora; AVELINO, Daniel. Cenário internacional da pesquisa em células-tronco embrionárias. *Revista da Saúde*, Brasília: Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, 2008. p. 547.

¹⁰⁴¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; CHUEIRI, Vera Karam de. Por uma leitura moral dos “domínios da vida”: uma interpretação não moralista sobre o aborto. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (Coord.); NOWAK, Bruna (Org.). *Constitucionalismo feminista*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 374.

produtores para a área, concedendo-lhes vários atrativos. Entretanto, a terra possuía conflitos entre os agricultores e os indígenas. É nesse contexto que surgem as mencionadas normativas, que transformaram as terras, administrativa e permanentemente, demarcadas aos grupos indígenas Ingarikó, Makuxi, Patamona, Taurepang e Wapixana.

Nessa demanda também se pretendia a suspensão liminar dos efeitos da mencionada portaria e a necessidade de desocupação da área pelos produtores, que foi acatada por unanimidade dos Ministros do STF, suspendendo a operação de desocupação de pessoas “não índias” das terras da Raposa do Sol (conhecida como Operação Upatakon III).¹⁰⁴² A relatoria desse caso foi inicialmente do Min. Carlos Ayres Britto e posteriormente Min. Luís Roberto Barroso.

O suposto vício levantado pelo autor, existente das normativas citadas, era que, para a demarcação das terras, não foram ouvidas todas as pessoas e entidades afetadas pela questão e que, o laudo antropológico sobre a área estava assinado por apenas um profissional, fragilizando a imparcialidade de opinião. Alegou-se também (entre outros argumentos) que a reserva em área contínua afetaria aspectos econômicos, comerciais e sociais, prejudicando os reais interesses dos “não índios”, que habitavam a região e a faziam produtiva. Assim, o grupo “não indígena” defendia a demarcação da área em ilhas, possibilitando a produção agrícola na região.

Assim, a ação começou a ser julgada em 27 de agosto de 2008, quando o relator, Ministro Carlos Ayres Britto, votou pela demarcação contínua da área. Com pedido de vista do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, a discussão foi interrompida. Em dezembro, a votação retoma e mais sete ministros se colocam a favor da demarcação contínua, inclusive Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

Entretanto, com pedido de vista do Ministro Marco Aurélio Mello, o julgamento novamente foi suspenso. Até que em 19 de março de 2009, a demanda foi julgada parcialmente procedente, declarando a constitucionalidade da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. O único voto em contrário foi do Ministro Marco Aurélio Mello, que se posicionou pela anulação do processo administrativo de demarcação.

¹⁰⁴² MINHOTO, Antônio Celso Baeta. O ativismo judicial em face do tenso e frágil equilíbrio entre inclusão social e livre iniciativa: o papel do Poder Judiciário na construção de políticas públicas e sua intervenção no domínio econômico. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 6, n. 10, p. 167-184, 2014.

Grande polêmica se fez nesse julgamento, entretanto, pois além de a natureza da matéria ser controversa, os críticos pontuam que, durante a decisão, os Ministros manifestaram em vários momentos que a decisão dessa demanda fixaria uma orientação para os demais casos, o que, nesse entendimento, extrapolaria os limites do pedido do caso, construindo uma decisão que fosse aplicável aos demais litígios semelhantes. Assim, pelo julgamento parcial da demanda, estipulou-se 19 (dezenove) cláusulas condicionantes para demarcação de terras indígenas da Raposa do Sol.

Por certo que, pelo local que ocupa o Supremo Tribunal Federal no ordenamento jurídico brasileiro, concedido pela própria Constituição, qualquer decisão em casos com opiniões tão divergentes poderia se tornar um marco para a construção de demais entendimentos pelo país não só no Judiciário, mas também no âmbito da Administração Pública como um todo.

Inclusive, essas cláusulas condicionantes trazidas pelo STF e objeto de críticas pelos jurídicos apenas expressaram uma consolidação das decisões já anteriormente proferidas pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região (competente àquela região do país) em casos de litígios envolvendo direito indígena,¹⁰⁴³ podendo sugerir, inclusive, que o Supremo sequer teria inovado realmente no ordenamento jurídico (no sentido de estabelecer regras que antes não existiam), ou, se apenas utilizou de suas atribuições constitucionais e salvaguardou os direitos indígenas.

Também surgiram críticas, pois em casos com intensa repercussão nacional (como este) houve consulta prévia ao julgamento, com sessões públicas, em que especialistas expunham suas posições acerca do tema, também quanto aos interesses e direitos dos agricultores, suas famílias e diversos trabalhadores que tiveram que desocupar uma área, que nem mesmo os indígenas sabiam se era essa a melhor solução para o caso.¹⁰⁴⁴ E, por fim, há críticas e questionamentos quanto à competência ou não do Judiciário em trazer a sede da decisão de um caso concreto, 19 (dezenove) condicionantes para questões de terras indígenas.

¹⁰⁴³ MONTEIRO, Marcela Nogueira. *O caso Raposa Serra do Sol e a Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Primeira Região: uma análise do contexto jurisprudencial no qual se inserem as 19 cláusulas condicionantes*. Monografia apresentada à escola de formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. São Paulo, 2010.

¹⁰⁴⁴ MINHOTO, Antônio Celso Baeta. O ativismo judicial em face do tenso e frágil equilíbrio entre inclusão social e livre iniciativa: o papel do Poder Judiciário na construção de políticas públicas e sua intervenção no domínio econômico. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 6, n. 10, p. 167-184, 2014.

Analizando as decisões contemporâneas do TRF da 1ª Região, 75% (setenta e cinco por cento) dos acórdãos tratavam de temas coerentes com as abordagens das cláusulas condicionantes. “Em quase todos os casos as decisões seguiam a mesma diretriz daquilo que posteriormente foi determinado nas cláusulas condicionantes, destacando-se apenas 2 (dois) casos em que o Tribunal Federal optou por seguir uma outra direção”.¹⁰⁴⁵ Logo, pode-se concluir que o STF pontuou e consolidou as 19 (dezenove) condicionantes que já eram apresentadas de uma forma sistêmica pela Constituição Federal, pelo Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973) e por diversas jurisprudências, que caminhavam (em grande parte) em uniformização de entendimento.

Nota-se que neste trabalho não se discutem os procedimentos eleitos pelo STF no julgamento e não se ingressa profundamente no mérito da questão. Mas, demonstra-se que havia uma minoria (de indígenas) que necessitava de proteção em seus direitos fundamentais, e, que, não possuía políticas públicas efetivas para tutelar seus direitos e interesses. Logo, na condição de Guardião Máximo da Constituição, o Supremo consolidou entendimentos a fim de salvaguardar essa parcela da sociedade, revelando um ativismo necessário e inevitável, que não se confunde com inovação no mundo jurídico, com criação legislativa, mas com conformação natural do direito à sociedade.

Os efeitos práticos desse julgamento foram discutidos em sede de Embargos de Declaração, sendo elucidado pelos Ministros que, o Acórdão dessa Ação Popular não possuía efeitos vinculantes ao julgado, não estendendo, portanto, os efeitos, de forma automática aos demais processos que discutem o tema. Porém, foi ponderado que: “Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em que se cogite da superação de suas razões”.¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴⁵ MONTEIRO, Marcela Nogueira. *O caso Raposa Serra do Sol e a Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Primeira Região: uma análise do contexto jurisprudencial no qual se inserem as 19 cláusulas condicionantes*. Monografia apresentada à escola de formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. São Paulo, 2010; e, MINHOTO, Antônio Celso Baeta. O ativismo judicial em face do tenso e frágil equilíbrio entre inclusão social e livre iniciativa: o papel do Poder Judiciário na construção de políticas públicas e sua intervenção no domínio econômico. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 6, n. 10, p. 167-184, 2014.

¹⁰⁴⁶ Trecho retirado da Ementa da Decisão dos Embargos de Declaração na Petição n. 3.388/RR, Julgado em: 23 out. 2013.

Em 2017, após intensa discussão pela Administração Pública Federal, a Advocacia-Geral da União expediu Parecer¹⁰⁴⁷ ponderando diversas questões acerca da demarcação de terras indígenas e concluindo pela necessária observância, respeito e efetivo cumprimento aos termos decididos pelo STF, quanto à fixação de “salvaguardas institucionais às terras indígenas”, com a aplicação das 19 (dezenove) condicionantes do STF em todos os processos relativos ao tema. Consoante as especificidades legais trazidas aos Pareceres da AGU, homologados¹⁰⁴⁸ pelo Presidente da República, esse entendimento vinculou à Administração Pública Federal.

4.5.4 Equiparação das Uniões Homoafetivas às Uniões Estáveis Heteroafetivas

Com o fim de adentrar na discussão da decisão proferida no Supremo Tribunal Federal, analisa-se a evolução do instituto da família. O conceito de família apresentou variações ao longo do tempo,¹⁰⁴⁹ seguindo flutuações inerentes aos próprios fenômenos sociais, sendo que, na concepção moderna, tem sido o próprio conceito de difícil delineamento. A família, em um curto espaço de tempo, considerando-se toda a história, passou de singular para plural, monogâmica para poligâmica, amalgamada não só de laços naturais, mas também afetivos, sendo que as várias manifestações buscam proteção jurídica e reconhecimento por parte do Estado.

Há atualmente um incremento ao conceito de família, que engloba notadamente laços de afeto, incorporando os ideais predominantes na sociedade.¹⁰⁵⁰

A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção e reprodução cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero e homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental.¹⁰⁵¹

¹⁰⁴⁷ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer n. 001/2017/GAB/CGU/AGU. Publicado no *Diário Oficial da União* n. 138, de 20.07.2017. p. 7-11.

¹⁰⁴⁸ O Parecer em questão foi homologado pelo Presidente da República em 17.07.2017, conforme publicação no *Diário Oficial da União* n.138, de 20.07.2017. p. 7.

¹⁰⁴⁹ WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3.

¹⁰⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 15.

¹⁰⁵¹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 32.

Originariamente, a família,¹⁰⁵² realidade natural, antes mesmo de sociológica, é a base de qualquer Estado, sendo que a partir dela se forma toda e qualquer organização social, possuindo ao longo dos tempos as funções procracional, econômica, religiosa e política. A origem fora patriarcal, sendo que as pessoas ficavam sob um poder familiar de um chefe (*pater familia*), homem ao qual se submetiam os descendentes (ou não¹⁰⁵³) e a mulher.

Como reflexos, no direito romano, o celibato era condenado. A sequência era de suma importância, o respeito ao patriarca era essencial. A função da mulher era primordialmente a reprodutiva, sendo a união dada por laços de matrimônio, e os filhos havidos fora da relação eram considerados ilegítimos.¹⁰⁵⁴ Com as sucessivas revoluções, cognitiva, industrial e tecnológica, a família foi deixando de ser a melhor forma de se adquirir propriedade. As grandes famílias foram perdendo espaço, bem como a estrutura patriarcal.¹⁰⁵⁵

A Constituição de 1824, ao tratar de família, o fazia para tratar da Família Real, como, por exemplo, a determinação de que “os Palácios, e Terrenos Nacionais, possuídos actualmente pelo Senhor D. Pedro I, ficarão sempre pertencendo a Seus Successores; e a Nação cuidará nas aquisições, e construcções, que julgar convenientes para a decencia, e recreio do Imperador, e sua Familia” (art. 115). A Constituição Republicana de 1891 sequer traz a palavra família em seu corpo, reconhecendo exclusivamente o casamento civil.

A Carta de 1934 já assegurou que “a todos cabe o direito de prover à própria subsistência e à de sua família, mediante trabalho honesto” (art. 113, item 34), cabendo à União “socorrer as famílias de prole numerosa” (art. 138, “d”), também regulando o Estado o conceito de família, constituída apenas pelo casamento indissolúvel, permitindo o desquite, sempre com recurso necessário, assegurando-se direitos aos filhos legítimos.¹⁰⁵⁶ De forma

¹⁰⁵² ROSA, Conrado Paulino da. *iFamily – Um novo conceito de família?* São Paulo: Saraiva, 2014. p. 19: “A palavra ‘família’ deriva do latim famulus, que quer dizer criado, escravo, servo, porque significava um conjunto de pessoas humildes, aparentadas, que viviam na mesma casa, principalmente pai, mãe, filhos, trabalhando para patrões que compunham a gens, isto é, a gente, enquanto os famulus (os criados) eram os servos.”

¹⁰⁵³ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 10: “De outro lado, conhecia-se também a família *communi jure*, uma união de pessoas pelo laço do parentesco civil do pai, ou agnatio, sem importar se eram ou não descendentes. Não considerando o parentesco pelo laço da mulher, o filho era estranho à família de origem da mãe”.

¹⁰⁵⁴ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 4.

¹⁰⁵⁵ Idem, p. 16.

¹⁰⁵⁶ Dispositivos sobre família na Constituição de 1934: “Art. 144. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Parágrafo único. A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso ex officio, com efeito suspensivo. Art. 145. A lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as

pioneira, abordou o tema família em capítulo próprio trazendo os aspectos formais, sem entretanto trazer inovações.¹⁰⁵⁷ Dedicou-se todo um capítulo à família, tendo-se enfatizado a especial proteção do Estado.

A Constituição de 1937 também priorizou o casamento como base da unidade familiar, sendo que as numerosas receberiam compensação por seus encargos. Atribui-se aos pais o dever e direito pela educação da prole, devendo o estado colaborar. Reconheceram-se os mesmos direitos aos filhos legítimos e naturais reconhecidos.¹⁰⁵⁸

A Constituição de 1946 também destacou ser a família constituída pelo casamento, permitindo-se o casamento religioso equiparar-se ao Civil, sendo obrigatória em todo o território nacional a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.¹⁰⁵⁹ Pela

condições regionais do País. Art. 146. O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento. Parágrafo único. Será também gratuita a habilitação para o casamento, inclusive os documentos necessários, quando o requisitarem os Juízes Criminais ou de menores, nos casos de sua competência, em favor de pessoas necessitadas. Art. 147. O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos”.

¹⁰⁵⁷ COSTA, Jamilly Steffane Liberato da; CASTRO, Izamara Dayse Cavalcante de; MELO, Felipe Victor Carvalho César e. *et al.* Adoção homoparental conjunta: famílias socioafetivas e a concretização do melhor interesse da criança e do adolescente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 957, p. 85-107, jul. 2015.

¹⁰⁵⁸ Dispositivos sobre família na Constituição de 1937:

“Art. 124 – A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

Art. 125 – A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.

Art. 126 – Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.

Art. 127 – A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.”

¹⁰⁵⁹ Dispositivos sobre família na Constituição de 1946:

“Art. 163 – A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

§ 1º – O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

Constituição de 1967, o casamento é a forma de se constituir a família, praticamente reproduzindo os comandos da Constituição anterior.¹⁰⁶⁰

A Constituição de 1988, entre as anteriores, é de longe a que mais traz disposições sobre o termo família. Além de regular seus preceitos em capítulo próprio, traz, em seu corpo dezenas de referências ao núcleo familiar. Pela primeira vez, dissociou-se a família do termo casamento. Destacou ser a família a base da sociedade, a merecer especial atenção do Estado. Reconheceu-se a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, sendo que também se reconheceu como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 228 da CF/88).

Com a vigente Constituição, percebeu-se uma nova fase no direito de família, permitindo um polimorfismo familiar. Não mais o casamento é visto como única forma de se constituir família. E a jurisprudência passou a entender que também o casamento deveria ser plural.¹⁰⁶¹ O Poder Constituinte originário de 1988 normatizou uma realidade presenciada na sociedade brasileira, para a qual família seria um fato natural e o casamento uma mera formalidade, um mero ritual de passagem.

Assim, a família é um “grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do Texto Constitucional”,¹⁰⁶² sendo uma “a instituição social primária, podendo ser considerada um regime de relações interpessoais e

§ 2º – O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

Art. 164 – É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa.

Art. 165 – A vocação para suceder em bens de estrangeiro existentes no Brasil será regulada pela lei brasileira e em, benefício do cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do *de cujus*.”

¹⁰⁶⁰ Dispositivos sobre família na Constituição de 1967:

“Art. 167 – A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º – O casamento é indissolúvel.

§ 2º – O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 3º – O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante, a autoridade competente.

§ 4º – A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.”

¹⁰⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1183378/RS 2010/0036663-8*. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 25 out. 2011.

¹⁰⁶² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 70.

sociais, com ou sem a presença da sexualidade humana, com o desiderato de colaborar para a realização das pessoas humanas que compõem determinado núcleo”.¹⁰⁶³

Grande parte do Direito Civil se encontra diretamente tratado na Constituição, sendo as disposições sobre os direitos da personalidade e também de família fortemente influenciados pelos dizeres da Carta Magna. Logo, a lei muitas vezes não representa a realidade social e os princípios trazidos pela Carta Magna, o que demanda atuação do Poder Judiciário. Também nas considerações sobre a entidade Família, um instituto privado, mas que é a base da sociedade e do Estado, o Poder Judiciário é sempre chamado a atuar. A dignidade da pessoa humana deve se fazer presente em qualquer situação:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.¹⁰⁶⁴

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal debruçou-se sobre o instituto familiar perante a evolução social dos relacionamentos humanos. Assim, em julgamento concluído em 5 de maio de 2011, a Suprema Corte foi contundente, afastando preconceitos e assegurando aos casais homoafetivos os mesmos direitos dos casais heteroafetivos que viviam em união estável,¹⁰⁶⁵ consoante os julgamentos em conjunto da ADIn n. 4.277/DF (inicialmente protocolada como ADPF n.178) e a ADPF n. 132/RJ, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro.¹⁰⁶⁶ Também participaram diversas entidades como *amicus curiae*.

Em ambos os casos, o que se pretendia era o reconhecimento da possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo (união homoafetiva). Na ADIn, o fundamento era a suposta inconstitucionalidade da interpretação conferida ao art. 1.723 do Código Civil, “reconhecida como entidade familiar a união estável entre o *homem* e a *mulher*, configurada

¹⁰⁶³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 6. ed. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2014. p. 41.

¹⁰⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 73.

¹⁰⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 27.

¹⁰⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF*. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 5 maio 2011, DJE 13 out. 2011.

na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

No contexto de mencionada ADPF, o pedido era a utilização da técnica da interpretação conforme para afastar os incisos II e V do art. 19 e do art. 33 do Decreto-Lei n. 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do Rio de Janeiro), que com redação semelhante ao Código Civil desfavorecia tratamento às uniões homoafetivas. Também, em sede da ADPF n. 132, o autor considerava que havia incompatibilidade material entre os preceitos fundamentais da Constituição e as decisões administrativas e judiciais.

Diga-se que a questão, entretanto, não se restringia às análises das legislações infraconstitucionais, senão a da própria Constituição, já que as normas apenas reproduziam o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, na qual traz a família, como base da sociedade, dotada de especial proteção do Estado, reconhecida a união estável entre o *homem* e a *mulher* como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, sendo que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo *homem* e pela *mulher*.¹⁰⁶⁷

O Supremo Tribunal Federal, em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 destacou que pouco importa se a família é integrada por casais heteroafetivos ou homoafetivos, muito menos a burocracia religiosa ou cartorária. Ainda, destacou ser imperiosa uma “interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil”.¹⁰⁶⁸ Inclusive, foi com base na Constituição de 1988, que se deu nova interpretação a vários dos impedimentos matrimoniais.

Nessa decisão, o Supremo Tribunal Federal destacou que o silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da Kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”, sendo que “a Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão ‘família’, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa”.¹⁰⁶⁹ Afinal, a família foi interpretada como

¹⁰⁶⁷ MONTEIRO, Arthur Maximus. Ativismo judicial: panorama atual no Supremo Tribunal Federal. *Revista Jurídica da UNI*, 7, v. XI, n. 1, p. 73-74, Fortaleza, abr. 2014.

¹⁰⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF*. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 5 maio 2011, *DJE* 13 out. 2011.

¹⁰⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ*. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 5 mai. 2011, *DJE* 13 out. 2011.

um “[...] núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos”.¹⁰⁷⁰

Em relação à aparente dicotomia existente no próprio texto da Carta Magna, destacou-se que “a referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas”,¹⁰⁷¹ sendo que a aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”.¹⁰⁷²

E quanto ao art. 1.723 do Código Civil, a este utilizou-se o critério da interpretação conforme a Constituição, considerando a existência de uma polissemia do texto legal, compreendendo que a união duradoura de um par de pessoas do mesmo sexo constitui entidade familiar, portanto família, sendo aceito o reconhecimento de união estável nesses casos.

Afinal, a discriminação do sexo como fator de desigualação jurídica feriria o art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal. Caso assim não fosse, poder-se-ia estar diante de uma interpretação das normas jurídicas de forma preconceituosa ou discriminatória, fruto de um conservadorismo que busca cercear o direito à felicidade. Logo, como consequência resultou na exclusão de qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família.

Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. Firmou-se o entendimento de que o uso da sexualidade é um direito potestativo do ser humano, e se concretiza com o direito à privacidade e intimidade.

Vislumbrou-se que as situações discriminatórias ocorridas com os homossexuais, assemelham-se àquelas práticas (legais) que existiam entre homens e mulheres.¹⁰⁷³ Nesse

¹⁰⁷⁰ Trecho extraído da Ementa do julgamento da ADPF n.132/RJ

¹⁰⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ*. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 5 mai. 2011, DJE 13 out. 2011..

¹⁰⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ*. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 5 mai. 2011, DJE 13 out. 2011..

¹⁰⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.132/RJ*. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 5 mai. 2011, DJE 13 out. 2011..

contexto, deve-se lembrar de que a ciência não permite ideias estáticas e, considerando o Direito como uma ciência, este também deverá acompanhar as evoluções da sociedade para a qual ele foi criado.

Veja que, nessa matéria, os críticos não atacam o direito que cada indivíduo tem perante a sua opção sexual, mas pela forma que esses direitos foram concretizados (a partir da demanda levada ao Supremo). Diante do fato, há quem entenda que “[...] como um passe de mágica, a Constituição Federal foi reescrita pelo Supremo Tribunal Federal”,¹⁰⁷⁴ pois, já havia uma proposta à Emenda à Constituição em trâmite (PEC n. 153/2003) e, portanto, não haveria motivos para o Judiciário utilizar-se de formas para desconstruir “regras de inquestionável univocidade semântica”.¹⁰⁷⁵

Entretanto, diante da crise dos Poderes Executivo e Legislativo que assola o Brasil nesta época, os direitos dos homossexuais ficariam por anos (a perder de vista) renegados no ordenamento jurídico brasileiro, sem qualquer tutela a ou inserção de políticas públicas a essa parcela da sociedade. Acrescentar-se-ia, o Poder Judiciário, à lista dos Poderes omissos ou em descrédito, que, ao não se posicionar acerca do tema, poderia trazer para si a responsabilidade pelo não cumprimento de sua missão Constitucional, de tutelar os direitos fundamentais das pessoas. Ainda, mesmo que existam certos preceitos morais que são interessantes para o Estado a sua manutenção, não se pode mais admitir que uma interpretação constitucional implique somente restrições a direitos fundamentais, especialmente quanto à liberdade, autonomia e igualdade entre os seres humanos, ou seja, o ativismo democrático-constutivo se revela em plenitude nesse caso concreto.

Os aspectos morais defensáveis pelo Estado não podem sobrepor ao respeito que deve existir em face dos assuntos concretos que fogem do consenso da sociedade.¹⁰⁷⁶ Também, porque a escolha de dois adultos, sem coerção ou manipulação, da forma pela qual vão exercer seu afeto e sua sexualidade, não viola o direito e nem a autonomia das demais pessoas

¹⁰⁷⁴ MONTEIRO, Arthur Maximus. Ativismo judicial: panorama atual no Supremo Tribunal Federal. *Revista Jurídica da UNI*, 7, v. XI, n. 1, p. 74, Fortaleza, abr. 2014.

¹⁰⁷⁵ RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição da civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *Revista O Direito*, n. 143, p. 284, 2011.

¹⁰⁷⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; CHUEIRI, Vera Karam de. Por uma leitura moral dos “domínios da vida”: uma interpretação não moralista sobre o aborto. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (Coord.); NOWAK, Bruna (Org.). *Constitucionalismo feminista*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 377.

da sociedade. Mas, ao negar esses direitos aos casais homossexuais, seria uma restrição de direitos sem justificativas plausíveis.¹⁰⁷⁷

Dessa forma conclui-se que a decisão que se discute foi coerente tanto com o conceito ontológico de família conjugal, quanto com os princípios de igualdade e dignidade da pessoa humana, nos termos da interpretação sistemática com o art. 226, § 3º, da atual Constituição Federal,

por intermédio dos princípios instrumentais da unidade, da concordância prática e da máxima efetividade das normas constitucionais, ante a ausência de proibição/restrrição normativa que tornasse juridicamente impossível a exegese constitucional inclusiva/analógica colmatadora de dita lacuna constitucional.¹⁰⁷⁸

Veja-se que, pouco adiante ao julgamento, em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça, “em desdobramento dessa decisão, assegurou o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, vedando aos juízos do registro civil a recusa na respectiva celebração”.¹⁰⁷⁹ Ou seja, os reflexos dessa decisão são materializados dia a dia, tutelando os direitos de parcela da sociedade que anteriormente estava refém de épocas passadas, em que o texto frio da lei e da Constituição foram elaborados. Com os novos parâmetros interpretativos da família, independentemente da opção sexual de cada pessoa, os direitos serão resguardados.

4.5.5 Legitimidade das cotas raciais na universidade e em cargos públicos

Sobre a conceituação de raça, cientificamente não se constataram diferenças a permitir a afirmação de umas serem superiores a outras, nem mesmo em aspectos biológicos, que muitas vezes só ocorrem diferenciações ocasionadas por adaptações evolutivas ao meio ambiente que cerca o ser humano.¹⁰⁸⁰

¹⁰⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução Humberto Laport de Mello. 4ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 105. Título original: Here, there, and everywhere: human dignity in contemporary law and transnational discourse.

¹⁰⁷⁸ COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coord.). *O STF e a interpretação da Constituição: Casos paradigmáticos em Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 176.

¹⁰⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 28.

¹⁰⁸⁰ COMAS, Juan; LITTLE, Kenneth L; SHAPIRO, L. Harry; LEIRIS, Michel; LÉVI-STRAUSS, Claude. *Debates*. Ciências sociais. Raça e ciência I. São Paulo: Perspectiva, 1972. p. 133-134.

Raça é a humana sendo que as características hereditárias comuns ultrapassam as diferenças mínimas e relativas que se deram em face de necessidades adaptativas ao meio. A cor é a maior ou menor pigmentação da pele. O fato é que os negros, quando não enquadrados como morenos ou pardos, não alcançam em regra posição social no mundo moderno.¹⁰⁸¹

Os elementos formadores da cultura brasileira têm origem colonial, sendo que três etnias distintas coexistiram na formação do Brasil, havendo uma imposição dos padrões dos portugueses brancos aos índios e aos negros.¹⁰⁸² A vida cotidiana dos escravos se desenvolvia não por meio de escolhas pessoais, mas sim por meio de tarefas que lhes eram dadas. Sua situação era um misto de ser humano, semovente ou coisa, prevalecendo a vontade de seu senhor.¹⁰⁸³ A situação não era muito diferente da que se tinha na Roma antiga, onde a Lei Aquiliana, “ao tratar do crime de morte de escravo alheio, equiparou-a à de um quadrúpede doméstico, para efeitos de ação judicial de indenização pelo proprietário lesado”.¹⁰⁸⁴

No período do Brasil colonial até o século XIX, recebeu por aqui mais escravos do que qualquer outra nação do mundo, sendo que a população negra no Brasil é a segunda maior população negra no mundo, considerados em números absolutos.¹⁰⁸⁵ Em 1850, por meio da Lei Eusébio de Queiroz, a importação de escravos fora considerada ato de pirataria. A Lei do Ventre Livre de 1871, ao conceder alforria às crianças nascidas de mulheres escravas, permitia uma manutenção da economia escravocrata a médio prazo.

Na prática, separavam as crianças de seus pais, o que acarretava a desestruturação da família negra, além de alta taxa de mortalidade infantil.¹⁰⁸⁶ A Lei dos Sexagenários, de 1885 que garantia liberdade aos escravos que contassem com 60 anos ou mais, garantindo-se

¹⁰⁸¹ SILVÉRIO, Valter Roberto. O papel das ações afirmativas em contextos racializados: algumas anotações sobre o debate brasileiro In: GONÇALVES, Petronilha Beatriz; SILVÉRIO, Valter Roberto (Orgs.). *Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica*. Brasília: Inep/MEC, 2003. p. 55-77.

¹⁰⁸² CRISTIANI, Cláudio Valentim. O direito no Brasil colonial. In: WOLKMER, A. C. (Org.). *Fundamentos de história de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 213-214.

¹⁰⁸³ PINSKI, Jaime. *A escravidão no Brasil*. 17. ed. São Paulo: Atual, 2000. p. 44.

¹⁰⁸⁴ GORENDER, Jacob. *Ensaio 29. O escravismo colonial*. São Paulo: Ática, 1985. p. 50.

¹⁰⁸⁵ ANDREWS, George Reid. *Negros e Brancos em São Paulo: 1888-1988*. Trad. Magda Lopes.

¹⁰⁸⁶ SANTOS, Clarice Nascimento dos. Ações afirmativas e a política de cotas à luz do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, v. 8, n. 8, p. 67. 2011. Disponível em: http://portal2.unisul.br/content/navitacontent/_userFiles/File/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/monografias_2008a/Clarissa_Nascimento_dos_Santos.pdf. Acesso em: 20 abr. 2016.

indenização aos proprietários dos escravos, a ser paga pelos próprios escravos, mediante a continuidade dos trabalhos.¹⁰⁸⁷

A Lei Áurea de 1888 extinguiu a escravidão no País, que figurava entre os últimos países do mundo a abolir a prática e a abolição. Ora, o fim da escravidão no Brasil, portanto, também se tornava uma causa nobre,¹⁰⁸⁸ sendo que, de inopino, pretendeu-se um País apagar todo seu passado escravagista.¹⁰⁸⁹ Com o fim da escravidão, os ex-escravos e seus descendentes não passaram a gozar de plena cidadania, continuando a população negra a ser estigmatizada após três séculos e meio de escravidão, quedando-se às margens da sociedade, residindo em favelas, sofrendo de desvalorização profissional e aviltamento salarial.¹⁰⁹⁰ Nada de escolas, terras ou empregos fizeram com que vários voltassem às antigas fazendas para laborarem por baixos salários, vivendo em condições não muito diferentes dos antepassados escravos.¹⁰⁹¹ Por aqui se criou um mito de democracia racial, permitindo uma amnésia em relação ao passado bem como a uma condescendência com as diferenças sociais.¹⁰⁹² Até hoje se fazem presentes práticas decorrentes do longo período escravocrata.

A Constituição Federal de 1988 trouxe elementos a tentar se permitir a busca por uma efetiva igualdade, sendo que o tratamento igualitário perante a lei¹⁰⁹³ deve trazer consigo também ações visando se conseguir a igualdade material. E um dos principais pontos sempre

¹⁰⁸⁷ COSTA, Emilia Viotti da. *A abolição*. 6. ed. São Paulo: Global, 1997. p. 68.

¹⁰⁸⁸ MARQUES, Gabriel. *Da senzala à unidade racial: uma abordagem da realidade racial no Brasil*. Brasília: Planeta Paz, 1996. p. 1.

¹⁰⁸⁹ NASCIMENTO, Abdias do. *Combate ao racismo: discursos e projetos*. Brasília: Coordenação de Publicações – Câmara dos Deputados, 1983. p. 11: “O 13 de maio de 1888, representou para aquela elite européia o que representou para Pilatos o ato de lavar as mãos. E foi num outro 13 de maio que Rui Barbosa tocou fogo em todos os documentos relativos à escravidão e ao tráfico negreiro, tentando apagar de uma vez por todas essa nódoa no suposto humanismo brasileiro. Lavando suas mãos, nas águas rituais da magia branca, Rui Barbosa pretendeu liberar as classes dirigentes das consequências do seu tenebroso passado escravagista. Ao mesmo tempo, quis erradicar para sempre a possibilidade de o negro investigar mais minuciosamente sua própria história. Pois do resgate de sua história, o negro poderia passar à reivindicação do que de direito lhe cabe: a indenização pelos séculos de massacre, exploração e espoliação que sofreu.”

¹⁰⁹⁰ MUNANGA, Kabengele. *Estratégias e políticas de combate à discriminação racial*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Estação ciência, 1996. p. 115.

¹⁰⁹¹ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p. 52.

¹⁰⁹² SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e a igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins de (coord). *Ordem jurídica e igualdade étnico racial*. Brasília: Lumem Juris, 2008. p. 61: “Para quem tem olhos de ver, basta um giro pelos shoppings ou restaurantes frequentados pela elite em qualquer centro urbano do país para constatar a exclusão social dos negros, que, no entanto, estão muitíssimos “bem representados” em outros espaços menos glamorosos, como os presídios e as favelas.”

¹⁰⁹³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 64.

relegados no Brasil ao negro fora a educação.¹⁰⁹⁴ Nesse ponto, a Carta Magna é irradiante, mesmo trazendo premissas já reconhecidas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.¹⁰⁹⁵

Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Traz a Constituição a educação como direito social (art. 6º) e destina um capítulo próprio regulando a educação. Esta se configura em direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205 da CF).

O salário-mínimo, entre as várias necessidades que deve atender, deve cobrir a educação (art. 7º, IV, da CF). A União tem competência privativa para legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV, da CF), sendo, em acréscimo, de sua competência, em conjunto com a dos Estados e do Distrito Federal a legislação concorrente sobre o tema (art. 24, IX, da CF).¹⁰⁹⁶ É, entretanto, responsabilidade de todos os Entes federados a responsabilidade de garantir-lhe o acesso (art. 23, V, da CF).

Os Municípios devem dar prioridade à educação infantil e de ensino fundamental (art. 30, VI, da CF). A relação entre o Poder Público e as entidades privadas que atuam no ramo da educação são também delimitadas pela Constituição Federal. Assim, o Estado atribuiu para si várias obrigações para implementar a educação de qualidade (art. 208 da CF).¹⁰⁹⁷ Inclusive,

¹⁰⁹⁴ SISS, Ahyas. *Afro-brasileiros, cotas e ação afirmativa: razões históricas*. Rio de Janeiro: PENESB, 2003: “no Brasil, aos libertos não foram dadas nem escolas, nem terras, nem empregos. Passada a euforia da libertação, muitos ex-escravos regressaram as suas fazendas, ou a fazendas vizinhas, para retomar o trabalho por baixo salário. Dezenas de anos após a abolição, os descendentes de escravos ainda viviam nas fazendas, uma vida pouco melhor do que a dos seus antepassados escravos”.

¹⁰⁹⁵ Art. 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

¹⁰⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 730.744/SP*. Relator: Min. Rosa Weber. Julgado em: 2 abr. 2013. *DJE* 11 abr. 2013.

¹⁰⁹⁷ “A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo art. 205 da Constituição do

não pode o Poder Público invocar a cláusula da reserva do possível para frustrar o direito ou não implementar as políticas públicas que estão presentes na Constituição. O Estado deve assegurar que a pessoa tenha efetivo acesso ao direito geral de liberdade, bem como às prestações positivas originárias do Estado, “[...] viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança”.¹⁰⁹⁸

Ademais, um dos princípios basilares é a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino (art. 206, III, da CF), sendo o ensino livre à iniciativa privada, cumprindo-se as normas gerais da educação nacional, conseguindo-se a autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público (art. 209 da CF). A atuação da iniciativa privada na área de ensino por meio da prestação de serviço público não é privativa, eis que pode a educação ser prestada pelo setor privado independentemente de autorização, permissão ou concessão.¹⁰⁹⁹ É ampla a autonomia, notadamente no que se concerne à expedição de diplomas,¹¹⁰⁰ embora se deva cumprir as imposições legais.¹¹⁰¹ Inclusive se admite a educação domiciliar.¹¹⁰²

Brasil. A omissão da administração importa afronta à Constituição.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 594.018 AgR*, Relator: Min. Eros Grau. Julgado em: 23 jun. 2009. 2ª T. *DJE* 7 ago. 2009; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n. 658.491 AgR*. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 20 mar. 2012. 1ª T. *DJE* 7 maio 2012.

¹⁰⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337/SP*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 23 ago. 2011. *DJE* 15 set. 2011.

¹⁰⁹⁹ Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§ 2º do art. 24 da Constituição do Brasil). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.266*. Relator: Min. Eros Grau. Julgado em: 6 abr. 2005, *DJ* 23 set. 2005.

¹¹⁰⁰ Ministro de Estado não é autoridade competente para determinar a expedição de diploma, tendo a universidade autonomia específica para a prática desse ato. Desqualificada a autoridade apontada como coatora, ministro de Estado da Educação, determina-se a remessa dos autos ao tribunal competente para julgar o mandado de segurança com relação às outras autoridades apontadas como coatoras. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.369*. Relator: p/o ac. Min. Menezes Direito. Julgado em: 9 set. 2008. 1ª T. *DJE* 19 dez. 2008.

¹¹⁰¹ Não há direito líquido e certo à expedição de diploma com validade nacional se o curso de mestrado não é reconhecido, como expressamente prevê a lei. As universidades gozam de autonomia administrativa, o que não as exime do dever de cumprir as normas gerais da educação nacional. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 566.365*. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 22 fev. 2011. 1ª T. *DJE* 12 maio 2011.

¹¹⁰² “O Plenário, [...], negou provimento a recurso extraordinário em que se discutia a legitimidade da educação domiciliar (Informativo 914). Prevaleceu o voto do ministro Alexandre de Moraes [...], no sentido da inexistência de vedação absoluta ao ensino domiciliar, conforme depreendeu da análise dos dispositivos da Constituição Federal [...]. A CF, apesar de não o prever expressamente, não proíbe o ensino domiciliar. O próprio texto constitucional permite e consagra a coexistência de instituições públicas e privadas como um

Mas, se de um lado, dá-se liberdade à iniciativa privada, de outro, o Estado deve atuar de forma a garantir o efetivo exercício do direito, devendo sempre ser preservado o interesse da coletividade.¹¹⁰³ Isso porque os direitos fundamentais, entre eles a educação, não podem ser assegurados a apenas indivíduos escolhidos por razões culturais, étnicas ou econômicas.¹¹⁰⁴ O direito à educação é base para se assegurar a dignidade e igualdade. Kant pontuou:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. [...] o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade. Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins. Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade.¹¹⁰⁵

Quanto à igualdade, para além da igualdade formal, a material deve ser assegurada,¹¹⁰⁶ devendo o Estado “considerar desigualmente condições desiguais, de modo a abrandar, tanto quanto possível, pelo direito, as diferenças sociais e por ele promover a harmonia social, pelo equilíbrio dos interesses e da sorte das classes”.¹¹⁰⁷

dos princípios regentes do ensino [art. 206, III]. Estabelece, também, parceria obrigatória entre família e Estado na educação, em seu sentido amplo. [...] O Estado não pode abrir mão dessa parceria, nem a família. A Constituição estabelece princípios, preceitos e regras aplicáveis ao ensino, que integra a educação *lato sensu*. Isso vale para o Estado e para a família. Independentemente do ensino a ser trilhado, o texto exige alguns requisitos inafastáveis: a necessidade de ensino básico obrigatório entre quatro e dezessete anos [art. 208, I]; a existência de núcleo mínimo curricular [art. 210]; e a observância de convivência familiar e comunitária (art. 227). Aparentemente, a CF veda três das quatro espécies mais conhecidas do ensino domiciliar: a desescolarização radical, a moderada e o ensino domiciliar puro. Isso porque elas afastam completamente o Estado do seu dever de participar da educação, o que não ocorre com a quarta espécie, denominada *homeschooling* ou ensino domiciliar utilitarista ou por conveniência circunstancial. Essa modalidade pode ser estabelecida pelo Congresso Nacional. Para o redator, o ensino domiciliar carece de regulamentação prévia que firme mecanismos de avaliação e fiscalização, e respeite os mandamentos constitucionais, especialmente o art. 208, § 3º. Nesse sentido, é necessário que a lei prescreva o que será a frequência. Diversamente do ensino público regular, essa frequência possui, também, o fim de evitar a evasão, garantir a socialização do indivíduo, além da convivência com a pluralidade de ideias”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 888.815*. Relator: p/o ac. Min. Alexandre de Moraes. Julgado em: 12 set. 2018, P, *Informativo* 915, Tema 822.

¹¹⁰³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.950*. Relator: Min. Eros Grau. Julgado em: 3 nov. 2005. *DJ* 2 jun. 2006.

¹¹⁰⁴ MARMELESTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 17.

¹¹⁰⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 65.

¹¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em: 8 jun. 2017. *DJE* 16 jun. 2017.

¹¹⁰⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: RT, 1998. p. 184.

No mesmo sentido, tem-se que, o princípio da igualdade não deve ser apenas tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida em que se desigualem, mas “que deve erradicar as desigualdades criadas pela própria sociedade, cuidando de estabelecer até onde e em que condições as desigualdades podem ser acompanhadas por tratamentos desiguais sem que isto constitua a abertura de uma fenda legal maior e uma desigualação injusta”.¹¹⁰⁸

Nesse contexto, o Judiciário foi acionado a posicionar-se sobre a questão de cotas raciais para Universidade Pública. Frisa-se que o Executivo¹¹⁰⁹ já havia se posicionado acerca do tema (em sentido abstrato). E, após, atuou também o Poder Legislativo.¹¹¹⁰ A demanda proposta no Judiciário foi a fim de questionar a constitucionalidade do sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cota 20% – vinte por cento), adotado pela Universidade de Brasília – UnB. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 26 de abril de 2012, julgou improcedente a ADPF n. 186 (Relatoria do Min. Ricardo Lewandoswsky),¹¹¹¹ decidindo pela constitucionalidade das condutas da Universidade supramencionada.

A ação foi ajuizada pelo Democratas-DEM, que questionava os atos administrativos do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – Cepe/UnB, que reservaram vagas oferecidas pela Universidade, num sistema de cotas raciais. Os argumentos eram no sentido de que a instituição de cotas ofenderiam vários preceitos fundamentais da Constituição, os princípios da dignidade da pessoa humana, de repúdio ao racismo e da igualdade, entre outros, além de dispositivos que estabelecem o direito universal à educação. Foram admitidos na demanda diversos *amicus curiae*.

¹¹⁰⁸ ROCHA, Cármen Lucia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Editora LÊ S/A, 1990. p. 34.

¹¹⁰⁹ Resolução Normativa n. 008/CUN/2007, de 10 de julho de 2007: “Art. 1º O ‘Programa de Ações Afirmativas’ da Universidade constitui-se em instrumento de promoção dos valores democráticos, de respeito à diferença e à diversidade socioeconômica e étnico-racial, mediante a adoção de uma política de ampliação do acesso aos seus cursos de graduação e de estímulo à permanência na Universidade. Art. 2º O ‘Programa de Ações Afirmativas’ da Universidade a que se refere o artigo anterior destina-se aos estudantes que: I– tenham cursado integralmente o ensino fundamental e médio em instituição de ensino pública; II– pertençam ao grupo racial negro, na forma prevista nesta Resolução Normativa; III– pertençam aos povos indígenas.”

¹¹¹⁰ BRASIL. Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Acesso em: 17 de abr. de 2019: “Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas”.

¹¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF*. Relator: Min. Ricardo Lewandoswsky. Julgado em: 26 abr. 2012. DJE 3 maio 2012.

Essa decisão unânime considerou constitucional o sistema de reserva de vagas com base em critério étnico racial, por vislumbrar como uma política de ação afirmativa em favor de um grupo social historicamente discriminado. Assim, tal situação não violaria o princípio da igualdade, mas o prestigiaria. Até mesmo porque, no caso em tela, a Universidade continha em seu Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial, a disponibilização dessa cota, pelo prazo de 10 anos, o que foi ponderado na decisão, apontando que o prazo para a utilização dessas ações afirmativas, fundadas na discriminação reversa, deve ser estabelecido, sob pena de “converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática [...]”.¹¹¹²

Nesse contexto, também está o julgamento do ADC n. 41/DF¹¹¹³ com pedido de medida cautelar, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), tendo por objeto a análise da constitucionalidade da Lei n. 12.990/2014, que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta. O julgamento deu-se sob a Relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso, em 08 de junho de 2017, que, em votação unânime restou decidido como legítima a reserva da cota para os candidatos negros, como uma questão de igualdade e um dever de reparação histórica decorrente da escravidão e do racismo estrutural existente na sociedade brasileira.¹¹¹⁴

Utilizando argumento semelhantes ao julgamento da ADPF n. 186/DF, no julgamento da ADC n. 41/DF, o Supremo Tribunal Federal destacou que a existência de uma política de cotas de negros à educação superior, não torna desnecessária ou desproporcional a reserva de vagas para os quadros da Administração Pública, pois, a) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; b) ainda que o cargo ou emprego exija nível superior, os beneficiários da cota para o serviço público podem não ter sido beneficiados para a vaga da universidade pública; c) ainda que seja beneficiário das cotas da universidade pública e da cota para o serviço público, podem-se vislumbrar outros fatores que impedem o negro de

¹¹¹² Trecho extraído da Ementa da decisão da ADPF n. 186/DF.

¹¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em: 8 jun. 2017. *DJE* 16 jun. 2017.

¹¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 28.

competir em pé de igualdade nos concursos públicos “[...] justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei 12.990/2014”.¹¹¹⁵

Dessa forma, o Estado, muitas vezes, precisa agir pautado no tratamento desigual, na medida das desigualdades, a fim de assegurar a igualdade da sociedade. O Estado deve diferenciar os tratamentos, usando critérios racionais de forma a assegurar os princípios constitucionais. A teoria constitucional clássica é responsável por uma concepção de igualdade meramente formal, também denominada de igualdade perante a lei. Porém, as insuficiências dessa concepção conduziram para um entendimento (por influência do próprio mercado competitivo) de que os resultados efetivos são mais importantes do que o cumprimento formal dos meios. Assim, os Estados que, por sua história, apegaram-se ao

[...] conceito de igualdade formal são aquelas onde se verificam os mais gritantes índices de injustiça social, [...] fundamentar toda e qualquer política governamental de combate à desigualdade social na garantia de que todos terão acesso aos mesmos instrumentos de combate correspondente, na prática, a assegurar a perpetuação da desigualdade.

Em oposição à igualdade formal encontra-se, então, a igualdade de resultado que se preocupa com os fatores externos que impactam diretamente no resultado, como, por exemplo, a origem social e a natureza da educação recebida.¹¹¹⁶

Nessa seara, insere-se a questão das ações afirmativas na esfera das políticas sociais, que, em regra, são dirigidas mais diretamente à redução de indicadores de pobreza e correção de desigualdades e injustiças sociais.¹¹¹⁷ As cotas são consideradas instrumentos de ações afirmativas.¹¹¹⁸ Assim, como forma de reduzir o histórico de abusos sobre o segmento negro, as cotas não se configuram como privilégios, mas sim como forma de se garantir a cidadania plena aos negros.¹¹¹⁹ A demanda por ações a promover os afro-brasileiros não é recente, podendo já ser verificada desde 1940.¹¹²⁰

¹¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em: 8 jun. 2017. *DJE* 16 jun. 2017.

¹¹¹⁶ GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 79-80.

¹¹¹⁷ SISS, Ahyas. *Afro-brasileiros, cotas e ação afirmativa: razões históricas*. Rio de Janeiro: PENESB, 2003. p. 17.

¹¹¹⁸ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 354.

¹¹¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 345.

¹¹²⁰ MEDEIROS, Carlos Alberto. *Na lei e na raça: legislação e relações raciais, Brasil-Estados Unidos*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004. p. 147: “Ainda na década de 1940, entre as reivindicações apresentadas no Manifesto

Nesse raciocínio, as ações afirmativas seriam como um encorajamento pelo Estado àqueles que possuem poder de decisão (seja na esfera pública como na privada), de inserir os fatores, como a raça, a cor, o sexo e a origem nacional das pessoas, tidos pela maioria dos responsáveis como irrelevantes, em suas ponderações para as definições das mais diversas situações, especialmente em temas sensíveis como mercado e trabalho e acesso à educação. Essa medida tem como meta ver, em concreto, a representatividade de cada grupo social nas escolas e no mercado de trabalho.¹¹²¹

Ações de cunho universalista visando assegurar a participação dos negros ou pardos em segmentos nos quais se verifica a mera igualdade formal. Não é de desconhecimento de ninguém o reduzido número de negros que ocupam posições de destaques nas mais diversas entidades públicas ou privadas, tendo as ações afirmativas o escopo de compensar essa discriminação de acesso.¹¹²²

Assim, em ambas as decisões (APPF n. 186, Relator: Ministro Ricardo Lewandoswsi¹¹²³ e ADC n. 41, Relator: Ministro Luís Roberto Barroso), os julgamentos do STF mostraram-se como inevitáveis e necessários a tutelar os direitos fundamentais dos negros. Por isso, está-se diante de decisões ativistas democráticas-construtivas, vez que ao legitimar as ações afirmativas, fundadas na discriminação reversa (cotas raciais aos negros em Universidades e cargo públicos), é possível iniciar uma construção equânime para os povos negros, que por muitos anos tiveram sua dignidade interrompida por construções culturais pretéritas.

4.5.6 Inconstitucionalidade da Criminalização da Interrupção Voluntária da Gestação durante o primeiro trimestre

É sabido que os direitos fundamentais são também direitos humanos. A primeira nomenclatura é usada quando se trata de reconhecer um direito em sede constitucional. Já a

  Nação Brasileira, resultado da Convenção Nacional do Negro Brasileiro, organizada pelo teatro Experimental do Negro de Abdias Nascimento, encontramos a seguinte: ‘4) Enquanto não for tornado gratuito o ensino em todos os graus, sejam admitidos brasileiros negros, como pensionistas do Estado, em todos os estabelecimentos particulares e oficiais de ensino secundário e superior do país, inclusive nos estabelecimentos militares’”.

¹¹²¹ GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 39-40.

¹¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 26 abr. 2012. *DJE* 3 maio 2012.

¹¹²³ Idem.

segunda designação é mais utilizada quando se tem em mente documentos de direito internacional.¹¹²⁴ A religião e a filosofia nos relegaram direitos tidos como naturais e inalienáveis, que viriam a compor a base do jusnaturalismo.¹¹²⁵ E o mais fundamental, o mais humano de todos os direitos é o direito à vida, por ser pré-requisito para o exercício de todos os demais direitos.

O direito humano fundamental à vida deve considerar a condição humana, havendo entendimentos de que deve abranger “alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais”.¹¹²⁶ Entretanto, tais direitos agregados mais se aproximam do conceito de dignidade da pessoa humana, direito também assegurado por nossa Carta Magna como um de seus fundamentos (art. 1º, III, da CF/88).

Como base no direito à vida digna, de acordo com uma percepção jusnaturalista, a pessoa humana é titular de vários direitos que devem ser reconhecidos e garantidos pelo Estado,¹¹²⁷ havendo quem entenda que até mesmo o direito à felicidade se encontra abrangido pelo conceito de dignidade da pessoa humana.¹¹²⁸ A vida é o bem principal de qualquer pessoa, valor moral básico de todo o ser humano, de todas as pessoas, independentemente de idade ou de condição social ou de saúde. Ela tem o mesmo valor para todas as pessoas, “não é dada pelos seres humanos, pela sociedade ou pelo governo, e quem não é capaz de dar a vida, não deve ter o direito de tirá-la”.¹¹²⁹ O direito à vida é assegurado pela nossa Constituição em seu art. 5º, *caput*, com caráter de inviolabilidade. Entretanto, a Carta Magna não define quando se pode ter como iniciada a vida e nem trata das formas de vida intrauterina, não havendo proteção jurídica penal ao nascituro na Constituição.¹¹³⁰

¹¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 29.

¹¹²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 21: “A maioria dos autores sustenta que os direitos fundamentais têm uma longa história. Há quem vislumbre suas primeiras manifestações no direito da Babilônia desenvolvido por volta do ano 2000 a.C., quem os reconheça no direito da Grécia Antiga e da Roma Republicana e quem diga que se trata de uma ideia enraizada na teologia cristã, expressa no direito da Europa medieval”.

¹¹²⁶ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 80.

¹¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 48.

¹¹²⁸ PENA JÚNIOR, Moacir César. *Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 384.

¹¹²⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2008. p. 32-33.

¹¹³⁰ FRANCO, Alberto Silva. Algumas questões sobre o aborto. *Revista ICP – Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, 2016. p. 15-86.

A vida intrauterina é protegida para que o ser humano possa desenvolver-se e nascer. O começo da vida dá-se quando o óvulo feminino une-se ao espermatozoide masculino, mas a proteção jurídica da vida começa com a nidação, que fixa o embrião no útero feminino, podendo-se, a partir de então, falar-se em gravidez.¹¹³¹ O aborto consiste “na morte dada ao nascituro intra *uterum* ou pela provocação de sua expulsão”.¹¹³² Sobre os direitos do nascituro, destaca-se:

No útero a criança não é uma pessoa se não nasce com vida, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direitos, nem pode ter sido sujeito de direito. Todavia entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento, para saber se algum direito ou pretensão, ação ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consoma a personalidade começa.¹¹³³

O art. 2º do Código Civil estabelece que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. O Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, estabelece que o direito à vida deve ser protegido a partir da concepção. O art. 7º do Estatuto da Criança e Adolescente estabelece que “a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.¹¹³⁴

Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno,¹¹³⁵ sendo que a condição para que tenha direitos é nascer com vida, embora exista na doutrina civilista mais moderna entendimentos de que o nascituro possui personalidade jurídica.¹¹³⁶ Nesse contexto, deve-se considerar que o nascituro ainda não é pessoa e não detém personalidade jurídica. Os direitos encontram-se em potencial. Caso o feto nasça sem vida, a relação do

¹¹³¹ PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro – Parte especial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008. v. 2, p. 136. No mesmo sentido: GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – Parte especial*. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. v. II. 607 p., p. 225; MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 36.

¹¹³² PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 11. ed. São Paulo: RT, 2013. v. 2, p. 135-136.

¹¹³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratados de direito privado*. 2. ed. Campinas: Papirus, 2000. p. 40.

¹¹³⁴ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

¹¹³⁵ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 36.

¹¹³⁶ COELHO *Apud* FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2006. p. 184.

direito não se forma. Não há transmissão de direitos do natimorto. É como se o feto nunca tivesse sido concebido.¹¹³⁷

Partindo-se da seara civilista para a seara penal, temos que “aborto é a interrupção da gravidez antes de atingir o limite fisiológico, isto é, durante o período compreendido entre a concepção e o início do parto, que é o marco final da vida intrauterina”.¹¹³⁸ Aborto é a privação do nascimento,¹¹³⁹ é a cessação da gravidez “antes do termo normal, causando a morte do feto ou embrião (*de ab ortus*, ou seja, parto sem nascimento, cuida-se de palavra latina, que expressa ação e o efeito da interrupção do processo reprodutivo da espécie, vale dizer, da gestação, antes do término normal, com consequências eliminatórias)”.¹¹⁴⁰

Na antiguidade romana o feto era considerado parte do corpo da gestante podendo dele dispor como bem lhe aprouvesse, não sendo sancionada a morte dada ao feto. Com o Cristianismo,¹¹⁴¹ o aborto passou a ser conduta reprovável, sendo posteriormente, tido como crime equiparado ao homicídio pelos Imperadores.¹¹⁴² No direito canônico, o aborto era reprovado em face da perda da alma do nascituro sem que fosse batizado, admitindo-se, entretanto, quando decorrente de *honoris causa*.¹¹⁴³ Mas na concepção religiosa o aborto era

¹¹³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1, p. 216.

¹¹³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte especial 2. Dos crimes contra a pessoa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 160.

¹¹³⁹ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte especial dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o patrimônio*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2, p. 151.

¹¹⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. Parte geral. 7. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 652

¹¹⁴¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal – parte especial*. 4. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 121-122: “Deve-se ao Cristianismo o entendimento segundo o qual o aborto significa a morte de um ser humano, e, pois, virtualmente homicídio. Distinguia, no entanto, o direito canônico, para diverso tratamento, entre feto animado e o feto inanimado, o que remontava à análise aristotélica da gestação. Admitia-se que o feto passava a ter alma 40 ou 80 dias após a concepção, conforme fosse do sexo masculino ou feminino. A distinção foi repudiada por S. Basílio (374 DC), mas S. Jerônimo e Santo Agostinho a mantiveram, o mesmo ocorrendo com o Decretum de Graciano (1140) e as Decretais do Papa Gregório IX (1234). Em 1588, o Papa Sixto V estipulou que as mesmas penas, canônicas e seculares, deveriam ser aplicadas para o aborto e o homicídio, qualquer que fosse a idade do feto. Todavia, o Papa Gregório XIX, com a Constituição Apostólica Sedes, em 1591, tornou a distinguir, atenuando as penas eclesiásticas e as restringindo ao feto animado. Como lembra Quintano Ripollés, I, 485, a idade fetal não implicava impunidade, apenas marcava a linha divisória para os efeitos da qualificação do homicídio, reservada para o caso dos fetos animados. Somente com a Constituição Apostólica Sedes, de Pio IX, em 1869, aboliu-se a distinção entre feto animado e inanimado, impondo-se as mesmas penas em qualquer caso. Cf. Código de Direito Canônico, de 1917, c.985 (4) e 2350”.

¹¹⁴² CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Parte especial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 107-108

¹¹⁴³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 11. ed. São Paulo: RT, 2013. v. 2. p. 128-153.

proibido em face de sua conotação moral e religiosa, sendo um atentado contra a criação divina, não por se considerar o feto uma pessoa.¹¹⁴⁴

No Brasil, época colonial, o desvalor do aborto pela Igreja estava relacionado à moral e aos bons costumes. O Código Penal do Império, de 1830 fazia referência ao aborto, punindo-o com trabalhos forçados.¹¹⁴⁵ Não havia criminalização do aborto praticado pela gestante (autoaborto), mas apenas o do realizado por terceiro (consentido ou sofrido).¹¹⁴⁶ Em 1890, no Código Penal da República, o aborto também se manteve tipificado criminalmente.¹¹⁴⁷ Seja durante o império ou a república, a tipificação penal do aborto sofrera bastante controvérsias entre médicos e juristas da época.¹¹⁴⁸

O nosso direito penal, em vigor desde 1940, tipifica como crime algumas formas de aborto: Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (artigos 124 a 128 do Código Penal). Outra característica é que não faz distinção entre o óvulo fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião (3 primeiros meses), ou feto (a partir de 3 meses), “pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto, quer dizer desde o início da concepção até o início do parto”.¹¹⁴⁹ Em 1974, a doutrina católica oficializou que o feto tinha direito à vida, sendo o aborto um pecado. Porém, não definiu o momento exato do

¹¹⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 54.

¹¹⁴⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 23 abr. 2019: “Art. 199. Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada. Penas – de prisão com trabalho por um a cinco annos. Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada. Penas – dobradas. Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique. Penas – de prisão com trabalho por dous a seis annos. Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes. Penas – dobradas.”

¹¹⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte especial 2. Dos crimes contra a pessoa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 158.

¹¹⁴⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm. Acesso em: 23 abr. 2019: “Art. 300. Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção: No primeiro caso: – pena de prisão cellullar por dous a seis annos. No segundo caso: – pena de prisão cellullar por seis mezes a um anno. § 1º Si em consequencia do abôrto, ou dos meios empregados para provocal-o, seguir-se a morte da mulher: Pena – de prisão cellullar de seis a vinte e quatro annos. § 2º Si o abôrto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina: Pena – a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação. Art. 301. Provocar abôrto com annuencia e accordo da gestante: Pena – de prissão cellullar por um a cinco annos. Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com reducção da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonra propria. Art. 302. Si o medico, ou parteira, praticando o abôrto legal, ou abôrto necessario, para salvar a gestante de morte inevitavel, occasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia: Pena – de prisão cellullar por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profissão por igual tempo ao da condemnação.”

¹¹⁴⁸ EMMERICK, Rulian. *Aborto: (des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 60.

¹¹⁴⁹ CAPEZ, Fernando. *Direito penal: parte especial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 108.

início da vida humana, defendendo que existia uma vida preparando-se para receber uma alma.¹¹⁵⁰

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal precisou posicionar-se no julgamento do *Habeas Corpus* n. 124.306/RJ (Relator: Min. Marco Aurélio e Redator o Min. Luís Roberto Barroso¹¹⁵¹). Novamente, como no julgamento da ADI n. 3.510 (Relator: Ministro Carlos Ayres Britto),¹¹⁵² o STF precisou deparar-se com a questão de quando se inicia a vida. Pousam-se nesse fato as diversas críticas recebidas nesse julgamento.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de concessão de medida cautelar, impetrado em face de acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do HC 290.341/RJ, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Extraí-se dos autos que os pacientes (que mantinham clínica de aborto) foram presos em flagrante, em 14 de março de 2013, visto a suposta prática de crimes de aborto e formação de quadrilha, em concurso por quatro vezes, por terem provocado aborto na gestante/denunciada com seu consentimento.

Então, em 29 de novembro de 2016, a Primeira Turma do STF, ao analisar a matéria, afastou a prisão preventiva dos denunciados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Pela maioria, e de acordo com o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, decidiram que não estavam presentes os requisitos para a prisão cautelar, bem como foi considerado que a criminalização do aborto seria incompatível com diversos direitos fundamentais da pessoa humana, entre eles os direitos sexuais e reprodutivos e a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e o princípio da igualdade. Mesmo o HC não sendo conhecido, pois foi utilizado como substitutivo de recurso, a ordem foi concedida de ofício, estendendo-a aos corréus.

Os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber acompanharam esse entendimento e o Ministro Luiz Fux concedeu o HC de ofício, restringindo-se a revogar a prisão preventiva.

Assim, o STF decidiu que no encerramento voluntário da gestação, até o terceiro mês, não há a tipificação para o crime de aborto. Essa conclusão foi obtida pela interpretação conforme a Constituição dos artigos 124 a 126 do Código Penal. Para a Corte, a

¹¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 61.

¹¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 124.306/RJ. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 29 nov. 2016. *DJE* 07 dez. 2016.

¹¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* n. 3.510/DF. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 29 maio 2008. *DJE* 27 maio 2010.

criminalização desse ato viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade, nos seguintes termos:

ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.¹¹⁵³

Também, para fundamentar o entendimento exarado pelos Ministros, utilizou-se do Direito Comparado, elucidando que “[...] praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália [...]”.¹¹⁵⁴

Ocorre que, essa postura também foi objeto de críticas, pois entenderam que os países mencionados possuem díspares diferenças em relação ao Brasil, especialmente quanto à saúde, educação e problemas sociais.¹¹⁵⁵ Por certo que as realidades são divergentes, mas é importante mirar os rumos do país àqueles desenvolvidos, e, não em um sentido do retrocesso.

Ora, a realidade é que, com essa decisão, a Corte Suprema não legalizou o aborto, mas atualizou a interpretação do texto do Código Penal, datado de 1940 – anterior à vigente Constituição e trouxe uma interpretação conforme. Percebe-se que não se tem nenhum avanço da tecnologia sobre a viabilidade da vida do feto. Também não se falou em risco de vida à gestante e nem a eventual ocorrência de estupro. Afirmou-se pela inconstitucionalidade “da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre”.

¹¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 124.306/RJ*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 29 nov. 2016. *DJE* 7 dez. 2016.

¹¹⁵⁴ Trecho extraído da Ementa do julgamento do HC n. 124306/RJ

¹¹⁵⁵ GARCIA, Keila Lacerda de Oliveira Magalhães. *Comentários ao Habeas Corpus 124.306/2016*: decisão da primeira turma do STF que considerou o aborto até o terceiro mês de gestação atípico. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,comentarios-ao-habeas-corpus-1243062016-primeira-turma-do-stf-que-considerou-o-aborto-ate-o-terceir.html>. Acesso em: 19 fev. 2019.

Foram utilizados argumentos políticos, questionando-se se a tipificação seria adequada para proteger o nascituro, sendo que o estado poderia se valer de outras medidas como educação social, distribuição de contraceptivos às mulheres e até mesmo se conferir condições econômicas para que a mulher possa ter o filho, sendo que os custos sociais, como os problemas de saúde pública e mortes seriam superiores aos benefícios.

Observe-se que, ao se analisar o tema, o aborto representa uma colisão entre os valores e direitos fundamentais, especialmente para aqueles que entendem que a vida humana está presente desde a fecundação. E, por isso, o aborto representaria violação ao direito à vida. Porém, também, a possibilidade de se interromper uma gravidez possui implicações aos direitos da mulher e sua integridade física e psíquica. Fundamenta-se na igualdade existente entre homens e mulheres, já o ônus da gravidez é suportado unicamente pelas mulheres, e o direito de interromper a gestação seria uma forma de equipará-las, de fato, aos homens.¹¹⁵⁶

Logo, as premissas utilizadas pelo julgado não se coadunam com a escolha judicial científica sobre um prazo para se ter o abortamento. Ocorreria aqui uma clara inserção política a definir a incidência ou não de crime. O que muito se ponderou foi no sentido de que as taxas de aborto onde o procedimento é permitido assemelham-se às aquelas nos países que consideram ilegal a prática.¹¹⁵⁷

Por outro lado, o julgado solucionou a realidade reconhecida até mesmo pelo Poder Executivo, vez que o Ministério da Saúde já se pronunciou sobre o tema no sentido de que a criminalização do aborto traz consequências negativas à saúde das mulheres e que, em verdade, pouco proíbe a prática, aumentando ainda mais a desigualdade sociais. As mulheres sem condições financeiras buscam formas mais arriscadas de abortar e sem auxílio médico.¹¹⁵⁸ No entanto, a partir dessa decisão, não significa dizer pelo encerramento do debate. O debate continua latente por vários setores da sociedade, pois a interrupção da

¹¹⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução Humberto Laport de Mello. 4ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 100-101. Título original: Here, there, and everywhere: human dignity in contemporary law and transnational discourse.

¹¹⁵⁷ Idem, p. 99.

¹¹⁵⁸ ANJOS, Karla Ferraz dos. Aborto e saúde pública no Brasil: reflexões sob a perspectiva dos direitos humanos. *Saúde em debate: revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde*, v. 37, n. 98, p. 504-515, jul./set. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v37n98/a14v37n98.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

gravidez é uma questão moral controvertida em todo o mundo.¹¹⁵⁹ Nesse caso, porém, não era questão de ser contra ou a favor do aborto, mas das escolhas existentes em cada país.¹¹⁶⁰

Assim, na tentativa de tutelar os direitos das mulheres, sem, contudo, apresentar inovação legislativa, entendeu-se que até o terceiro mês da gestação, o fato é atípico. Tal decisão não só estimulará a adoção de políticas públicas voltadas à educação sexual, como também a tratamentos àquelas que decidirem por abortar no mencionado lapso temporal de gestação, e que, por medo de serem criminalizadas, acabam por prejudicar a própria saúde buscando clínicas ou métodos que causarão prejuízos mais intensos àquelas que vivenciam esse momento tão delicado. Nesse sentido, é que se entende que a presente decisão tratou-se de um ativismo democrático-constructivo.

4.5.7 Ensino religioso nas escolas públicas

A Constituição já antecipa a relação entre Estado e Igreja. O art. 5º, VI a VIII, da vigente Constituição Federal, trazendo como inviolável o direito de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício de cultos, prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, garantindo, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e liturgias e impossibilitando a privação de direitos por motivo de crença religiosa, salvo se a invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei. O art. 19 também acrescenta que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

¹¹⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução Humberto Laport de Mello. 4ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 99. Título original: Here, there, and everywhere: human dignity in contemporary law and transnational discourse.

¹¹⁶⁰ PIMENTEL, Silvia; VILLELA, Wilza. Um pouco da história da luta feminista pela descriminalização do aborto no Brasil. Cienc. Cult. [online]. 2012, vol.64, n.2 [citado 2019-04-15]. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252012000200010&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 15 de abr. de 2019. p. 20-21: “Tratar do direito ao aborto hoje significa ter como referência a justiça social e considerar os direitos de quem aborta e de quem exerce essa intervenção – mulheres e profissionais de saúde, a partir de quatro princípios éticos: o princípio da integridade corporal, que é o direito à segurança e o controle do próprio corpo, como um dos aspectos do conceito de liberdade reprodutiva e sexual; o princípio de igualdade, que inclui a igualdade de direitos entre mulheres e homens e entre todas as mulheres; o princípio da individualidade, que diz respeito à capacidade moral e legal das pessoas, implicando no direito à autodeterminação, o respeito à autonomia na tomada de decisões sexuais e reprodutivas e o princípio da diversidade, que se refere ao respeito pelas diferenças entre as mulheres.”

Sobre o ensino religioso, a Constituição dispõe, em seu art. 210, que serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais, sendo que o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

Tal estudo verte-se para um ensino geral das religiões, ou seja, espera-se o ensino religioso não de uma religião específica, mas sim do animismo, da relação com a ciência, do monoteísmo, do politeísmo, do sincretismo. Espera-se que se ensinem sobre as religiões e seus importantes papéis para a humanidade, até porque é essencial à própria existência humana, de forma cooperativa, que se tenha algo em que o ser humano possa acreditar para que se justifique a própria cooperação entre eles.

Esse tema foi tratado pelo Supremo Tribunal Federal, quando em 30 de julho de 2010, o Procurador-Geral da República ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n. 4.439/DF, com o objetivo de conferir interpretação conforme a Constituição do art. 33, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – “LDB”¹¹⁶¹), e o art. 11, § 1º, do “Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil” (“Acordo Brasil-Santa Sé”), aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 698/2009 e promulgado por meio do Decreto n. 7.107/2010,¹¹⁶² para que expressamente seja reconhecido que o ensino religioso nas escolas públicas não sejam de natureza confessional, com proibição da admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas. Como pedido subsidiário, caso o principal não fosse aceito, pugnou-se pela declaração de

¹¹⁶¹ Lei n. 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional:

“Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo. (Redação dada pela Lei n. 9.475, de 22.7.1997)

§ 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores. (Incluído pela Lei n. 9.475, de 22.7.1997)

§ 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso. (Incluído pela Lei n. 9.475, de 22.7.1997)”

¹¹⁶² “Art. 11 – [...]

§ 1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação.”

inconstitucionalidade do trecho “católico e de outras confissões religiosas”, constante no art. 11, § 1º, do Acordo Brasil-Santa Sé.

O pleito fundamentou-se na alegação de que somente dessa forma seria possível compatibilizar o caráter laico do Estado com o ensino religioso das escolas públicas. Assim, foi defendido que a disciplina sobre o ensino religioso tivesse como conteúdo programático a exposição das doutrinas, práticas, história das diferentes religiões, incluindo posições não religiosas, sendo que os educadores (professores regulares da rede e não representantes das diversas confissões religiosas) não poderiam expressar sua posição pessoal sobre o tema. Para o autor da ação (Procurador-Geral da República), o Estado laico não seria compatível com o modelo confessional interconfessional ou ecumênico.

Inicialmente, o Ministro Relator desta Ação era Ayres Britto, sendo que na condução dessa demanda, além de intimar, solicitando informações ao Presidente da República, ao Presidente da Câmara dos Deputados e ao Presidente do Senado Federal (rito estabelecido pelo art. 12 da Lei 9.868/1999), também deferiu diversos pedidos de ingresso de instituições interessadas ao tema como *amicus curiae*, como, por exemplo, a Conferência Nacional de Educação Católica do Brasil (ANEC), Conferência dos Religiosos do Brasil (CRB), Grande Loja Maçônica do Rio de Janeiro (GLMERJ), Associação Brasileira de Ateus e Agnósticos, Associação Nacional e Juristas Evangélicos (ANAJURE).¹¹⁶³

Em razão da aposentadoria do ora Relator da ação, o processo foi retirado de pauta e redistribuído ao Ministro Luís Roberto Barroso em 26 de junho de 2013. Pelo segmento, o Ministro Relator convocou audiência pública sobre o assunto, fundamentando que a questão abargada por esta ADI tratava-se de assuntos que fogem os limites estritos do mundo jurídico, necessitando, assim, de conhecimentos diversos (esfera política, religiosa, administrativa do ensino, pedagógica, entre outras).

A mencionada audiência pública ocorreu em 15 de junho de 2015 e foram ouvidos os representantes do sistema público de ensino, de grupos religiosos e não religiosos e de outras entidades da sociedade civil, especialistas e entidades reconhecidas como autoridades no tema. Do total dos participantes (31 – trinta e um), 23 (vinte e três) entenderam pela procedência da ação e, 8 (oito), pela improcedência. Sugestões surgiram quanto ao modo de lecionar a disciplina, inclusive uma Entidade indicou no sentido de se interpretar as normas

¹¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.439/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em: 27 set. 2017. DJE 21 jun.2018.

como ensino confessional, mas no contraturno das aulas. Após muitas discussões sobre o tema e de duas suspensões de julgamento (31/08/2017 e 21/09/2017), em 27 de setembro de 2017, o julgamento foi encerrado. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n.4.439) foi julgada improcedente, pela maioria dos votos (6x5), prevalecendo o entendimento da constitucionalidade do ensino religioso, nas escolas públicas do ensino fundamental, com natureza confessional, ou seja, vinculado a diversas religiões, como disciplina facultativa dos horários normais das aulas.¹¹⁶⁴

Decidiram-se, assim, os limites da laicidade brasileira. Sobre o tema, pode-se dizer que o sentido de laicidade compreende a separação entre a esfera política e a religiosa, um Estado “equidistante de todas as religiões”.¹¹⁶⁵ Não significa dizer excluir a cidadania das religiões na esfera política, mas, sim, a religião como um direito individual, sendo ambas como complementares.

A liberdade religiosa tem, por isso, uma dimensão pública, desde que se respeite a premissa de que todos os cidadãos possam esperar “[...] razoavelmente não excluir a possibilidade de que essas contribuições possam ter substância cognitiva – enquanto que ao mesmo tempo respeitando a prioridade das razões seculares e a ressalva (ou salvaguarda) da tradução institucional [...]”.¹¹⁶⁶

O Ministro Relator do processo asseverou que entendia que a presença do ensino religioso nas escolas públicas já se constituiria como uma exceção feita pela própria Constituição ao Estado laico. E, por isso, não poderia receber um tratamento ampliativo. Em outras palavras, não poderia permitir que o ensino religioso vinculasse a uma religião específica.¹¹⁶⁷

Em outro sentido, o Ministro Alexandre de Moraes (Redator do Acórdão), acompanhado pela maioria, entendeu, porém, que o caso tratava de analisar o Estado laico,

¹¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.439/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em: 27 set. 2017. *DJE* 21 jun.2018.

¹¹⁶⁵ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. Ensino público religioso e confessional: apontamentos a partir da ação direta de inconstitucionalidade 4.439. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 13, n. 3, p. 1069-1097, dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30545> . Acesso em: 16 set. 2019.

¹¹⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. *Between Naturalism and Religion*. Transl. Ciaran Cronin. Cambridge (UK): Polity Press, 2008. p. 139.

¹¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.439/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em: 27 set. 2017. *DJE* 21 jun. 2018.

mas também as liberdades de crença, culto e, inclusive, a liberdade de expressão de pensamento sob a luz da tolerância e diversidade de opiniões. Assim, ao se proibir o ensino público em caráter confessional, também estaria censurando a livre manifestação de concepções religiosas em sala de aula, com conteúdo imposto pelo Estado, em desrespeito à liberdade religiosa.

Sob essa perspectiva, um ensino neutro anularia por completo a qualificação de ensino religioso. E, por ser matéria facultativa, não prejudicaria aqueles alunos que não possuem interesse em cursar o conteúdo.¹¹⁶⁸ No voto do Ministro Fachin, elucidou-se que a escola é o espaço que espelha o pluralismo da sociedade, como um microcosmo da participação de todas as religiões e também daqueles que optaram por não ter nenhuma, sendo que, nesse sentido, acompanhou o voto divergente.

Logo, é indiscutível que o presente caso interferiu na seara das políticas públicas, não ao arrepio da norma Constitucional, mas sim no sentido de encontrar a interpretação mais condizente ao tempo presente para as normas objeto da ação. A falta de unanimidade no julgamento revela que a compreensão do tema não é pacífica, mas foi construída fundamentando-se na realidade atual do Estado brasileiro. Nesse caso, somente o guardião da Constituição para dizer os limites das normas da Carta Maior.

Apenas o Supremo para solucionar e, após a apresentação da interpretação constitucional ao caso, direcionar as políticas públicas para efetivar os direitos fundamentais aplicáveis ao caso. Veja-se, portanto, que o ativismo judicial praticado nessa demanda foi inevitável e necessário, posto que não seria possível o direito material sem uma pacificação dos conceitos apresentados à política pública que a própria Constituição Federal determinou em seu art. 210, § 1º, acerca do ensino religioso de matrícula facultativa nas escolas públicas pelo Brasil.

Em paralelo ao mérito da ADI, que ora se apresenta, é interessante trazer o trecho do voto do Ministro Relator, a fim demonstrar que o Supremo não busca interferir nas esferas de competência dos outros Poderes, mas tão somente cumprir o seu papel constitucional de tutelar o direito daqueles que a ele recorrem:

Portanto, a Constituição brasileira expressamente prevê o ensino religioso. Na Audiência Pública, muitas das entidades se manifestaram contrariamente

¹¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.439/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em: 27 set. 2017. DJE 21 jun. 2018.

à existência da regra constitucional. *Quanto a isso não há nada que o Supremo possa, deva ou queira fazer. O Constituinte originário positivou a existência do ensino religioso, por isso não há inconstitucionalidade de norma constitucional originária e, conseqüentemente, esse é o Direito vigente no Brasil* (grifo nosso).¹¹⁶⁹

Saliente-se que o Poder Judiciário, sabe, muito bem, os limites da sua atuação e, nem de longe, busca interferir nas competências dos demais. Trata-se de uma ação em conjunto com os Poderes, em prol da efetividade e melhor solução dos interesses da sociedade. Em outro trecho de seu voto, ponderou-se também, que ao interpretar o texto constitucional, na construção de uma política pública, a Corte Suprema muitas vezes assume o papel de proteger o direito fundamental de uma pessoa contra a vontade da maioria. Porém, a vontade da sociedade (majoritária) não poderá ser irrelevante ao julgador.¹¹⁷⁰

Portanto, comprova-se que o ativismo judicial democrático-constutivo não prejudica a democracia ou o Princípio da Separação dos Poderes, ao contrário, contribui com a construção de uma sociedade mais democrática, igualitária e que respeita os limites, crenças e direito dos que nela vivem. Para tanto, diz-se necessário e inevitável à sociedade de direito deste tempo e espaço que se vive.

¹¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.439/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em: 27 set. 2017. *DJE* 21 jun. 2018.

¹¹⁷⁰ Idem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS – CONCLUSÕES

O ativismo democrático-construtivo é manifestação necessária e inevitável do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas eficientes. Diferenciou-se, ao longo do trabalho, este especial tipo de ativismo em relação à noção tradicionalmente apresentada ao ativismo judicial (manifestação opcional e voluntária do magistrado). É que, sendo inevitável, como constatado, não se pode afrontar aos limites de atuação de cada poder. Deve-se ratificar a doutrina da separação dos poderes. Nesse sentido, a pesquisa revela um acerto de contas, ao menos em nível pessoal, em relação ao dogma da separação, a par do mantra da independência e da superação entre os poderes.

O Brasil caracteriza-se na organização de Estado como uma República Federativa, de sistema presidencialista, democrático, de constitucionalismo pluralista. A produção normativa de um Estado constitucionalista pluralista é condição de uma organização política que pretende atender as mais variadas demandas. A teoria da tripartição dos poderes foi defendida, em sua forma atual, ao longo do século XVIII, com vistas aos sistemas políticos, à ordem jurídica e à conjuntura da Inglaterra e da França e, após, reconhecida por várias democracias, sendo prestigiada nas Constituições Republicanas do Brasil.

Acolhemos a doutrina da separação dos poderes e a fórmula dos contrapesos. Isto é, não a separação absoluta, dada a impossibilidade prática de sua atuação, o que, se possível, representaria exatamente o contrário do que a teoria da separação dos poderes pretende alcançar: a harmonia e independência; chegando-se, pelo oposto, ao que se poderia denominar “absolutismo tripartido” das funções estatais (executiva, legislativa e julgadora).

Além disso, em uma sociedade complexa como a que atualmente vivemos não há rigidez em qualquer separação. Inclusive, pela dinamicidade em que a política e o direito se constroem, em um intenso movimento (de avanço e de regressão)¹¹⁷¹ as formulações jurídicas e políticas não podem manter-se de forma estática. Há limites permeáveis e

¹¹⁷¹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2009. p. 266

adequados às conformidades da sociedade. Uma plasticidade institucional deve orientar a matéria.

A efetivação das políticas públicas exige um ativismo judicial democrático e construtivo. Essa efetivação das políticas públicas por esse modelo se dá tanto pelo controle de constitucionalidade, como também pelo transcorrer de casos em matéria constitucional, na defesa de direitos particulares que litigaram perante o Judiciário. A necessidade está quando o ordenamento jurídico proíbe que o Judiciário não responda às demandas propostas a ele (art. 5º, XXXV, Constituição Federal). Soma-se a isso o fato de que o Poder Legislativo não poderá prever, em abstrato, todas as possíveis ocorrências e tutelas dos direitos fundamentais da pessoa humana (direitos esses concretizados pela eleição e execução das políticas públicas pelo Estado). Não há uma fórmula definitiva de previsão e anteposição aos problemas vividos pela sociedade.

Assim, há situações que mesmo antes de se pensar em editar normas acerca do tema, o litígio já exista, sendo necessária ao indivíduo a busca de proteção que somente o Poder Judiciário teria condições de realizar. A inevitabilidade decorre de mandamentos constitucionais, já que se coloca nas mãos do Supremo Tribunal Federal a titularidade da manifestação derradeira em matéria constitucional. É a fórmula com a qual trabalhamos.

A intensa discussão teórica fortalece teses e argumentos acerca da necessidade e da inevitabilidade da atuação do Poder Judiciário. É inegável que o Legislativo tem dificuldade em deliberar os assuntos impopulares, pois refletem de forma negativa junto ao eleitorado¹¹⁷² e, assim, os trabalhos do Legislativo pautam-se cada vez menos nas necessidades da regulamentação da sociedade, mas somente daquelas pautas que contribuirão com a manutenção do cargo político, ou então, não a colocarão em risco de perder. Rompe-se, assim, com o ponto central que sustentava a tese democrática, isto é, o poder em função do interesse popular.

Diante das debilidades (seja por natural falta de condição de prever todas as situações fáticas do futuro, seja por omissão ou pela crise de representatividade que os Poderes Legislativo e Executivo enfrentam), o Judiciário tem por missão entregar o direito, ou ao menos dizer o direito a quem por ele procura. Isso não só traria

¹¹⁷² LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez?* O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 103.

confiabilidade e segurança jurídica ao próprio Poder Judiciário, como, também, ao sistema como um todo. Tais requisitos são extremamente necessários para manutenção da vida em sociedade organizada, como básicos para que se estabeleça o contrato social apresentado por Jean Jacques Rousseau.¹¹⁷³ A doutrina desse pensador de Genebra é o pano de fundo do modelo que se busca.

A herança colonial tornou intrínseca no cidadão brasileiro a ideia de que os governantes devem resolver os seus problemas. Há, por parte da sociedade, não muito civilmente organizada, uma suposta infantilização ao depositar todas as respostas aos seus problemas em ações do governante e como os segredos não mais são mantidos, sendo tudo revelado (entranhas dos crimes, as conversas secretas e não tão republicanas dos representantes de poder são expostas diuturnamente), gerando ainda certo sentimento de receio e até aversão à classe política.

Nesse meio, surge um herói, o juiz, que ostenta inclusive uma roupa protetora poderosa, a toga, funcionando “[...] o traje judiciário cobre um duplo corpo: o próprio corpo do personagem que o veste e o corpo invisível do social”.¹¹⁷⁴ A associação do Poder Judiciário a uma figura paterna dá embasamento a um discurso de supremacia.¹¹⁷⁵ Realiza-se, de algum modo, a previsão de que o cidadão precisa de um pai, que seja ao mesmo tempo pródigo e punidor: o Estado.

A conjectura sugere a necessidade da solução das questões “técnicas” e o Poder Judiciário seria “eleito” para essa função. Entretanto, esta escolha não se deu pela sociedade paternalista. É obra do poder constituinte originário, ainda que se defina esse poder como representante da sociedade paternalista. De algum modo, centralizou-se uma consciência social na atividade jurisprudencial, delegando a uma “função controladora da Justiça” a solução das discussões, tensões e antagonismos provenientes dos conflitos de interesses políticos.¹¹⁷⁶ Por isso, a judicialização de pautas relativas à saúde, meio

¹¹⁷³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Princípios do direito político. São Paulo: Ed. Pillares, 2013. p. 36.

¹¹⁷⁴ GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 85.

¹¹⁷⁵ TASSINARI, Clarissa. A autoridade simbólica do Supremo Tribunal Federal: elementos para compreender a supremacia judicial no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*. Passo Fundo, vol. 14, n. 2, p. 101 e 102, Maio-Agosto, 2018, apud MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202. nov. 2000. p. 190.

¹¹⁷⁶ TASSINARI, Clarissa. A autoridade simbólica do Supremo Tribunal Federal: elementos para compreender a supremacia judicial no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*. Passo Fundo, vol. 14, n. 2, p. 101, Maio-

ambiente, política, ciências, artes são agendas complexas. Envolvem aplicação de recursos por um país que ostenta índices, ora de destaque, ora de vergonha, em termos de avanços sociais. A tão só realização de audiências públicas não torna os assuntos menos técnicos e complexos.¹¹⁷⁷ Isto é, não basta uma audiência pública para que se tenha uma situação como esclarecida ou como esclarecedora de opiniões de ministros que se definem como esclarecidos.

A independência das funções de produção, interpretação e aplicação do direito não representa um conceito repelente ou absoluto. Ao contrário, são funções que se complementam, que possuem correlação intrínseca, que integram o processo legislativo,¹¹⁷⁸ logo o ativismo democrático-constructivo que se manifesta na seara das políticas públicas não representa afronta ao Poder Legislativo, refere-se a própria atividade legislativa como função do Estado, da manifestação dos poderes do Estado democrático.

É realidade no Supremo Tribunal Federal a necessidade de decisão em temas cada vez mais complexos¹¹⁷⁹ e que necessitam dos ministros a construção/desconstrução de preconceitos pessoais já formulados, a fim de se entregar à pacificação social. Inclusive porque, na denominada modernidade líquida, com problemas e sofrimento de múltiplas formas e verdades, há necessidade de soluções planetárias.¹¹⁸⁰

É certo que o Estado deve preservar alguns conceitos e definições morais. Em outras palavras, é compreensível que o Estado proteja consensos morais defendidos pela maioria. Porém, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Lei Maior (art. 102 da CF/88), não pode corroborar com o rompimento de direitos fundamentais (como, por exemplo, da liberdade e igualdade), porque a maioria da sociedade (sob a ótica moral) não

Agosto, 2018 *apud* MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, pp. 183-202. nov. 2000. p. 183-196.

¹¹⁷⁷ FARIA, Iolanda Pinto de. Ativismo judicial e direitos humanos: paradoxos e tensões na interpretação de normas constitucionais. *Revista Interfaces Científicas – Direito*, Aracaju, v. 7, n. 1, p. 53, fev. 2019.

¹¹⁷⁸ Fragmento 489 em: COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosofia a hermenêutica jurídica: fragmentos*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 177.

¹¹⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 20.

¹¹⁸⁰ BAUMAN, Zigmunt. *Entrevista com Zigmunt Bauman por Maria Lúcia Garcia Pallares-Burke*. *Tempo Social- Scielo*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20702004000100015>. Acesso em: 10 maio 2019.

concorda com aquelas atitudes. Não se pode confundir opinião pública com opinião publicada. O Poder Judiciário não pode, pura e simplesmente, investir-se na qualidade de intérprete de sentimentos e tendências populares. É o intérprete da Constituição, e não da vontade popular, real ou imaginária.

Em casos difíceis o Supremo tem tutelado os direitos individuais e respeitado os direitos fundamentais do homem, mesmo que não exista consenso na sociedade sobre o tema.¹¹⁸¹ E, este é o papel do Judiciário, cujos membros não dependem do voto da maioria e, podem assim, defender o direito sem preocupar-se em agradar a maioria, mas, somente, fazer o que é necessário, numa leitura constitucional e legal. Pontua-se, nesse raciocínio, que os instrumentos de fundamentação do Judiciário são originários da vontade da maioria (seja pela atuação direta ou indireta – por representantes) consubstanciada no Poder Constituinte Originário.

Políticas públicas tornaram-se matéria discutível na esfera dos direitos, de certa forma, em recentes construções doutrinárias. Primeiramente, as políticas públicas eram exclusivamente tratadas pelas discussões políticas. Mas, deve-se convir, o direito é ciência que se propõe a ligar vários pontos epistêmicos. Dessa forma, as políticas públicas, como instrumentos para materializar os direitos fundamentais ganharam (e ganham) cada vez mais espaço no cenário jurídico.

Diante do cenário do que se imagina de um novo constitucionalismo, o foco central é o ser humano e seus direitos fundamentais. O surgimento do neoconstitucionalismo é fato ocorrido na Europa, no pós-guerra, tendo como marcos a) histórico, a consolidação do Estado Constitucional de Direito do final do século XX; b) filosófico, a centralidade dos direitos fundamentais; c) teórico, o reconhecimento da força normativa da constituição, a jurisdição constitucional e o reconhecimento da interpretação constitucional como modalidade da interpretação jurídica.¹¹⁸²

¹¹⁸¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; CHUEIRI, Vera Karam de. Por uma leitura moral dos “domínios da vida”: uma interpretação não moralista sobre o aborto. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (Coord.); NOWAK, Bruna (Org.). *Constitucionalismo feminista*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 377.

¹¹⁸² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – FGV, n. 240, p. 2, abr./jun. 2005.

No Brasil, o neoconstitucionalismo consolidou-se com a Constituição Federal de 1988, como diploma normativo de grande destaque na consolidação desses direitos e apresentação como garantias constitucionais. Porém, a forma pela qual o Estado efetivará esses direitos ainda é passível de discussões. Todos os direitos *versus* as limitações fáticas de os consolidar, como, por exemplo, as limitações financeiras, orçamentárias ou, ainda, a de “ultrapassar” barreiras culturais e/ou de preconceitos construídos ao longo dos anos, não tem sido tarefa fácil aos Poderes deste país.

Assim, no Estado de Direito contemporâneo, democrático e social, a lei deixa de ser exclusivamente a regra de direito ou regra de justa conduta (geral e abstrata) para ser instrumento político por excelência (medidas ou providências concretas, de fundamental alcance sociopolítico ou de amplas repercussões), a caracterizar um processo legislativo adequado aos valores constitucionais (de conteúdo normativo geral e abstrato para conteúdo adequado).¹¹⁸³ Tem-se um dos aspectos que marcam a politização do direito.

Portanto, mesmo que em argumentos contrários ao ativismo tenham o rompimento da Separação dos Poderes com a suposta ingerência do Judiciário no Executivo e (em maior grau) no Legislativo, conforme demonstrado no decorrer da presente tese, o ativismo judicial democrático-constutivo não constitui um risco à mencionada Teoria de Montesquieu.¹¹⁸⁴ Faz parte de uma mudança cultural, para que se aceitem, por definitivo, e para que proporcione, sem maiores alardes, o fortalecimento das deliberações proferidas pelo Judiciário na concretização das políticas públicas, especialmente (mas não unicamente) nos casos em que somente o Judiciário terá condições de proteger e entregar uma resposta à sociedade.¹¹⁸⁵

É necessário que se ressalte que o aqui defendido ativismo democrático-constutivo, que ocorre em sede da efetividade, pelo Judiciário, das políticas públicas, não se confunde com o ativismo judicial no seu sentido mais amplo, de ação proativa, como

¹¹⁸³ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Ed. Coimbra, 1989. p. 257-258.

¹¹⁸⁴ MONTESQUIEU, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 19.

¹¹⁸⁵ RESENDE, Fabrício Contato Lopes. *O papel do Poder Judiciário no controle da implementação de políticas públicas no Brasil*. A política assistencial do artigo 20 da Lei 8.742/93. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 127.

opção do julgador. O ativismo defendido na presente tese (democrático-constutivo) é inevitável e necessário.

Sua necessidade pode ser demonstrada em qualquer decisão dita ativista, indistintamente, porque costumam se enfrentar os chamados casos difíceis. E, inevitável, visto que a função democrática judicial afasta a possibilidade de escolha do magistrado em não proferir sua decisão, somado ao fato de que a efetivação das políticas públicas é imperiosa para manutenção do Estado Democrático Constitucional, cuja guarda foi originariamente atribuída ao Poder Judiciário, especificamente ao Supremo Tribunal Federal.

Na medida em que o Supremo pronuncia-se em temas relacionados à concretização das políticas públicas, ou melhor, à efetivação dos direitos fundamentais, não se está dialogando entre a melhor ou pior estratégia, mas, sim, acerca do que a Constituição Federal traz como atribuição para o Supremo Tribunal Federal. Esses questionamentos superam os integrantes do Supremo e têm efeitos seculares. Trata-se da política judicial adotada pelo país. E, realmente, a atual sociedade não comporta um Tribunal silente. Silente inclusive quando os direitos e garantias da sociedade estejam em opressão pelas arbitrariedades praticadas pelos particulares ou pelo próprio Estado.¹¹⁸⁶

Em uma construção baseada na hermenêutica jurídica, pode-se trazer que o ativismo judicial democrático-constutivo decorre de construções interpretativas das normas, sendo indubitável que um mesmo texto consegue comportar mais de uma interpretação. Os limites interpretativos, por sua vez, apresentam contradições e celeumas de domínio da comunicação humana e não somente na hermenêutica jurídica. Claro que, no âmbito jurídico, devem estabelecer parâmetros objetivos para o controle ou racionalização, buscando a aplicação de princípios da certeza e da segurança jurídica, mas isso não exclui as diversas formas de interpretação decorrentes de um texto legal.¹¹⁸⁷

O Poder Judiciário não é superior aos demais Poderes. O Poder do povo é superior a qualquer dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), sendo que o Legislativo, em sua inegável legitimidade, estabeleceu em normas que o Judiciário afirmará a palavra final

¹¹⁸⁶ LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez?* O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 195-196.

¹¹⁸⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosofia a hermenêutica jurídica*: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 86-88.

sobre as questões a ele apresentadas. Dessa forma, inclusive quando os próprios Poderes opuserem-se à vontade do povo, o Judiciário deverá proferir decisão, a ser obedecida. Por sua vez, as decisões também devem estar em conformidade com as leis fundamentais do Estado.¹¹⁸⁸

Somente com a interação de todos os Poderes, será possível visualizar a efetivação de direitos, especialmente os direitos fundamentais. Em outras palavras, os Poderes precisam dialogar institucional e permanentemente para que as atuações tenham o propósito primordial de efetivar os direitos fundamentais.¹¹⁸⁹ O ativismo judicial democrático-constutivo decorre exatamente dessa interpretação, sendo, porém, a denominação da atuação do Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal) em matéria de políticas públicas. A atuação do Poder Judiciário também em prol de efetivar os direitos fundamentais (instrumentalizados pelas políticas públicas) fortalece a democracia e o Estado Democrático de Direito. Não se trata da democracia quantitativa, ou seja, aquela exclusivamente voltada à maioria, mas, também, a que reconhece as liberdades fundamentais da minoria. Democracia como um projeto histórico de reconhecimento de direitos.¹¹⁹⁰

Ora, a ideia de democracia não deve ser resumida ao princípio majoritário, vez que o sistema político majoritário se move por interesses e a democracia é impulsionada por valores. É desiderato do Poder Judiciário justamente resguardar o processo democrático, por meio da promoção dos valores constitucionais, pois

o déficit democrático do Judiciário decorrente da dificuldade contramajoritária não é necessariamente maior que o do Legislativo cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, entre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico e a manipulação dos meios de comunicação.¹¹⁹¹

¹¹⁸⁸ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 460.

¹¹⁸⁹ RESENDE, Fabrício Contato Lopes. *O papel do Poder Judiciário no controle da implementação de políticas públicas no Brasil*. A política assistencial do artigo 20 da Lei 8.742/93. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 97. Também o raciocínio de Christine Oliveira Peter quando do ativismo constitucional em: PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 64, 2015.

¹¹⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. Constitutional Democracy: a paradoxical union of contradictory principles? *Political Theory*, v. 29, n. 6, p. 766-781, dez. 2001.

¹¹⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista Nacional da Magistratura*, Brasília: Escola Nacional da Magistratura, ano 1, n. 2, p. 70, out. 2006.

Em decisões isoladas e não vinculantes proferidas pelos juízes estaduais e federais na efetivação das políticas públicas também se tornam realidade. Porém, o efeito *inter partes* diminui a efetividade do direito à sociedade, sendo tão somente efetivado àquele que demandou em juízo. Por isso, somente quando das decisões do Supremo Tribunal Federal, por conter efeito vinculante, é que se verifica a transformação expressiva da realidade de efetivação dos direitos fundamentais em litígio.

Não se tem aqui a defesa irrestrita da atuação sem limites do Supremo Tribunal Federal¹¹⁹² (que isso fique exposto), trata-se da atuação necessária e inevitável, nos termos conferidos na Constituição, como órgão guardião e de condições de proferir por derradeiro as decisões. Talvez o ativismo judicial democrático-constutivo que se indica nesta tese, a longo prazo, verifique-se como uma solução provisória para a falta de efetividade dos direitos fundamentais, o que não se pode negar seja uma solução, uma resposta (já previamente pensada pela Constituição Federal vigente) àqueles indivíduos que aguardam políticas públicas, que talvez nunca cheguem ao conhecimento da maioria e, por tal motivo, não seja uma matéria defensável pelo Legislativo ou Executivo, que dependem de votos em números expressivos para sua manutenção no Poder.

O raciocínio pode ser desenvolvido para a atuação do Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade das políticas públicas, no sentido de se admitir a possibilidade da revisão da escolha realizada pelo administrador ou pelo legislador, tendo em vista o reconhecimento da discricionariedade da função política¹¹⁹³ exercida por eles e que também poderá ser exercida pelo Judiciário, exatamente por não se poder dissociar a Constituição das políticas públicas, nem as políticas públicas dos direitos fundamentais e fundamentos do Estado.

O ativismo democrático-constutivo constitui o ativismo judicial, praticado pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria de políticas públicas, demonstrando sua altivez, como nos casos discutidos nesta tese, cumprindo a sua missão institucional de guardar a Constituição Federal e concretizar os Direitos Fundamentais. Nesta posição fortalece a democracia, concedendo à sociedade (inclusive na tutela de direitos contramajoritários,

¹¹⁹² LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez?* O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 103.

¹¹⁹³ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Ed. Coimbra, 1989. p. 250-262.

trazendo oportunidade de efetivação da dignidade da minoria) a concretude dos direitos e a efetividade das políticas públicas.

Perceba-se que a análise dos 10 (dez) anos da atuação do Supremo, considerando o lapso temporal eleito para esta tese, comprovou que mesmo sem positividade expressa sobre alguns temas, ao explorar as técnicas de hermenêutica constitucional e utilizando do procedimento denominado neste estudo de ativismo construtivo-democrático, foi possível construir a efetivação de direitos fundamentais e constatar o avanço da sociedade democrática, sem retirar dos demais Poderes suas atribuições e responsabilidades.

Podem-se pontuar os avanços na construção da sociedade, por exemplo, com a proibição do nepotismo (edição da Súmula Vinculante n. 13), a declaração de constitucionalidade da lei que autorizou pesquisas com células-tronco, possibilitando o avanço científico do país, a demarcação de terras indígenas Raposo do Sol, a equiparação das uniões estáveis de casal homoafetivo aos casais heteroafetivos, a declaração de inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação durante o primeiro trimestre e a permissão do ensino religioso católico nas escolas. A cada decisão, aqui mencionada, é visível o avanço da construção jurídica confortando e tutelando a nova sociedade que se vive. Logo, o Supremo Tribunal Federal, ao posicionar-se ao encontro desses avanços, consolida-se, cada vez mais, “um guardião de coragem”.¹¹⁹⁴

A considerar a democracia sob o manto constitucional, impera reconhecer a função democrática dos direitos fundamentais, como elemento básico para a realização da democracia,¹¹⁹⁵ assim, naturalmente, inevitavelmente, sugerindo a atuação do Poder Judiciário em zelar pela democracia, também como seu elemento básico. Dessa forma, percebe-se uma grande proximidade entre as funções de desenvolver a jurisdição constitucional e também as diretrizes políticas de uma sociedade.

A jurisdição constitucional pode ser considerada mais democrática do que o próprio Poder Legislativo, quando observado que para provocar o Poder Judiciário para dizer a interpretação correta e prescrever o que se subsume a determinada norma é tarefa muito mais simples, feita apenas com uma simples petição, do que movimentar abaixo

¹¹⁹⁴ LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez?* O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 198.

¹¹⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 290.

assinados e realizar *lobbys* para provocar a atuação do legislador, nem sempre movido por critérios republicanos. Ainda que em um sistema essencialmente democrático o povo sintasse com participação mais ativa, com os reais desvios na atuação dos legisladores somados aos burocráticos sistemas de participação popular, os processos judiciais, que são iniciados pelas próprias partes (povo) inclusive com a determinação de seu conteúdo, trazem um sentido mais participatório do que a própria atividade política atual.¹¹⁹⁶

A efetividade dos direitos fundamentais somente poderá ocorrer com a participação e concordância dos órgãos políticos e da sociedade civil organizada, pois cada um desses envolvidos terá uma visão relevante e específica sobre o assunto, com a possibilidade de discussão racional, em diferentes formas e graus de intensidade, para composição de soluções, especialmente nos cenários complexos que a sociedade atual se depara dia após dia,¹¹⁹⁷ tanto pela celeridade dos fatos, avanços tecnológicos, constante transformação da sociedade (pensamentos e atitudes) e o imediatismo em respostas, ao qual o ser humano acostumou-se pela realidade da internet.

Conforme já mencionado, não se esgota aqui a análise sobre o tema, perdurando a importância de maiores estudos sobre o ativismo judicial democrático-construtivo, visto a constante evolução do direito e a complexidade da sociedade atual, que se desenvolve com grande velocidade, fazendo surgir novos conflitos, que alcançarão rapidamente a análise do Judiciário. A solução para implementação de políticas públicas que realmente efetivem os direitos fundamentais é uma questão de tempo, de cidadania e de coragem.

Em outras palavras, o presente estudo não esgota todas as dimensões que a questão sugere. A doutrina original da tripartição, que em sua formulação atual conta com pouco mais de três séculos, é uma experiência que não se esgota em sua expressão doutrinária original. Várias experiências políticas exigiram acomodações e ajustes. A implantação do modelo nos Estados Unidos da América, nas nações europeias e nas várias democracias que há no mundo, demandaram soluções próprias para casos concretos e específicos, que se desdobram em um tempo histórico.

¹¹⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 92.

¹¹⁹⁷ RESENDE, Fabrício Contato Lopes. *O papel do Poder Judiciário no controle da implementação de políticas públicas no Brasil*. A política assistencial do artigo 20 da Lei 8.742/93. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 97-98.

No Brasil não poderia ser diferente. Na exploração das condições dessa diferença é que transitou a presente tese, como contribuição a um debate necessário, nesses tempos difíceis, de muita indefinição. Um ativismo de feição democrática e de finalidade construtiva pode se revelar como mais uma formulação para que enfrentemos as crises políticas e institucionais que o tempo presente nos coloca.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. *Revista de Processo*, Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), v. 40, n. 242, p. 19-45, abr. 2015. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads//Ativismo-e-Instrumentalidade-do-Processo-v.-digital.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2018.
- ABELLÁN, Marina Gascón. El papel del juez en el Estado de Derecho. In: ABELLÁN, Marina Gascón; FIGUEROA, Alfonso García. *La argumentación en el Derecho*. 2. ed. Lima: Palestra, 2005.
- AFP. Suprema Corte indiana autoriza ingresso de mulheres em grande templo hindu. *Estado de Minas – Internacional*. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2018/09/28/interna_internacional,992511/suprema-corte-indiana-autoriza-ingresso-de-mulheres-em-grande-templo-h.shtml. Acesso em: 20 abr. 2019.
- AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- ALCANTARA, Christian Mendez. Os princípios constitucionais da eficiência e eficácia da administração pública: estudo comparativo Brasil e Espanha. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 45, ago.-dez. 2009.
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução Dr. Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas – FGV, n. 217, jul./set. 1999.
- ALKIMIN, Maria Aparecida; DUTRA, Lincoln Zub. O ativismo judicial como instrumento de transformação do Estado Democrático de Direito. *Revista Direito & Paz*, [S.l.], v. 1, n. 34.
- ALMEIDA, Carla Beatriz de. *O Supremo Tribunal de Justiça no Segundo Reinado (1849 a 1855)*: “um pouco de homens, outro pouco de instituição”. Disponível em: <http://www.ufjf.br/ppghistoria/files/2013/03/Carla-Beatriz-DISSERTACAO.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2017.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras*. Mandamentos: Belo Horizonte, 2004.

ALVES, Francisco Sérgio Maia. O ativismo na atuação jurídico-administrativa do Tribunal de Contas da União : estudo de casos *Revista de informação legislativa*, v. 53, n. 209, p. 303-328, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520010/001063276.pdf?sequence=1>. Acesso em: 7 de mar. 2019.

ALVES, Rodrigo Vitorino Souza. Sobre a liberdade: indivíduo e sociedade em Stuart Mill. *Revista CEPPG*, n. 25, p. 197-212, 2/2011. Disponível em: http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/fdcff07f7fa5a0563a24cb83e40a3f5d.pdf. Acesso em: 20 ago. 2017.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 6, p. 27, 1993.

AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANASTASIA, Fátima; INÁCIO, Magna. Democracia, Poder Legislativo, interesses e capacidades. Seminário: Desafios do Poder Legislativo. *Cadernos ASLEGIS / Associação dos Consultores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados*, Brasília: Aslegis, n. 40, maio/ago. 2010.

ANDRADE, Christiano José de. *Hermenêutica jurídica no Brasil*. São Paulo: RT, 1991.

ANDRADE, Fernando Gomes de. *Da autolimitação ao ativismo judicial*: um estudo acerca da releitura da teoria da separação dos poderes pelo poder judiciário brasileiro no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/25370/1/ulsd730020_td_Fernando_Andrade.pdf Acesso em: 18 abr. 2019.

ANDRADE NETO, João. A Corte Mendes (2003-2013): progressismo nos costumes, garantismo penal, engajamento social e moralismo político. *Anais do IX Congresso da ABraSD: trabalhos completos – Sociedades Pós-Constitucionais: a sociologia do direito após 30 anos de constituição cidadã (homenagem à José Eduardo Faria)*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2018.

ANJOS, Karla Ferraz dos. Aborto e saúde pública no Brasil: reflexões sob a perspectiva dos direitos humanos. *Saúde em debate: revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde*, v. 37, n. 98, p. 504-515, jul./set. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v37n98/a14v37n98.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

ARAÚJO, Leane B. F. *A jurisdição constitucional e a garantia dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/163/108>. Acesso em: 30 ago. 2013.

ARENHART, Bianca Geórgia Cruz. O processo penal brasileiro à luz da filosofia da libertação de Enrique Dussel. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Processo civil coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/87373>. Acesso em: 9 mar. 2019.

ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

ASSIS, Olney Queiroz. *Manual de antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ATIENZA, Manuel Rodríguez. *As razões do direito*. Teorias da argumentação jurídica. Perelman, Viehweg, Alexy, Maccormick e outros. 3. ed. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006.

ATIENZA, Manuel Rodríguez. *Contribución a uma teoría de la legislación*. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

ATIENZA, Manuel Rodríguez. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

ATIENZA, Manuel Rodríguez. *Filosofia del derecho y transformación social*. Colección Estructuras y Procesos – Serie Derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2017.

ATIENZA, Manuel Rodríguez. *O direito como argumentação*. Tradução Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora – Verba Legis, 2014.

ATIENZA, Manuel Rodríguez. *O sentido do direito*. Tradução Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora – Verba Legis, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZEVEDO, Rodrigo. Uma justiça de caráter seletivo. Entrevista concedida a João Vitor Santos. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*, São Leopoldo/RS, n. 494, ano XV, 2016.

BALAKRISHNAN, Konakuppakatil Gopinathan. *A prática do controle de constitucionalidade nos dias de hoje*. Palestra no Supremo Tribunal Federal. Ago. 2008. Disponível em: http://www.SupremoTribunalFederal.jus.br/repositorio/cms/portalSupremoTribunalFederalInternacional/portalSupremoTribunalFederalSobreCorte_pt_br/anexo/A_pratica_do_Controle_de_Constitucionalidade_nos_dias_de_hoje.pdf. Acesso em: 16 abr. 2019.

BARBOSA, Alice Príncipe. 1919-. *Teoria e prática dos sistemas de classificação bibliográfica*. Rio de Janeiro: Instituto brasileiro de bibliografia e documentação, 1969.

BARBOSA, Emerson Silva. Alguns problemas da verdade no processo penal. *Revista de Direito de Polícia Judiciária*, ano 2, n. 3 p. 80, jan./jun/ 2018. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RDPJ/issue/archive>. Acesso em: 12 abr. 2019.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; CHUEIRI, Vera Karam de. Por uma leitura moral dos “domínios da vida”: uma interpretação não moralista sobre o aborto. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (Coord.); NOWAK, Bruna (Org.). *Constitucionalismo feminista*. Salvador: JusPodivm, 2018.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 59-86, jan./jun. 2012. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/04_rev15_059-086_-_estefania_maria_de_queiroz_barboza_0.pdf. Acesso em: 14 mar. 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 240, p. 83-105, abr. 2005.

BARCELLOS, Ana Paula. Direitos fundamentais, políticas públicas, informação e desigualdade. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da et al. (Coord.). *Constitucionalismo feminista*. Salvador: JusPodivm, 2018.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. (STF): drogas, aborto, meio ambiente e indígenas. Canal do youtube MyNews. 23 maio 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=5QQypzhEu04>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Cadernos da Escola de Direito UniBrasil Centro Universitário*, n. 9, 2009. Disponível em: <http://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2621/2194>. Acesso em: 17 abr. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução Humberto Laport de Mello. 4ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Título original: Here, there, and everywhere: human dignity in contemporary law and transnational discourse.

BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Brasília: UniCEUB, v. 5, número especial, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3412/2685>. Acesso em: 4 mar. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil*. Livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro – RJ. Disponível em: <http://eds.b.ebscohost.com/eds/command/detail?vid=1&sid=4ce1eb14-243a-4efa-ba96-ad7a264cebb4%40sessionmgr103>. Acesso em: 18 abr. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madrid, n. 13, p. 17-32, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo social e legitimidade democrática*. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 9 abr. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – FGV, n. 240, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista Nacional da Magistratura*, Brasília: Escola Nacional da Magistratura, ano 1, n. 2, p. 26-73, out. 2006.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história*. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Biblioteca Digital

Fórum Administrativo – Direito Público – FA. Belo Horizonte: Fórum, ano 4, n. 37, p. 6, mar. 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BAUMAN, Zigmunt. *Entrevista com Zigmunt Bauman por Maria Lúcia Garcia Pallares-Burke*. Tempo Social- .Scielo. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20702004000100015>. Acesso em: 10 maio 2019.

BAUMER, Franklin L. *O pensamento europeu moderno*. Tradução Manuela Alberty e Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1990. v. II.

BAXI, Upendra. O Estado de Direito na Índia. *Sur, Revista Internacional dos Direitos Humanos*. v. 4, n.6, São Paulo, 2007. Disponível em: http://scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000100002&lang=pt. Acesso em: 19 abr. 2019.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Tradução Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BECK, Ulrich; ZOLO, Danilo. *A sociedade global do risco: uma discussão entre Ulrich Beck e Danilo Zolo*. Tradução port.: Selvino J. Assmann. Disponível em: www.cfh.ufsc.br/~wfil/ulrich.htm. Acesso em: 19 mar. 2019.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. Max Limonad: São Paulo, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. Políticas públicas e o dirigismo constitucional. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. ABDConst.*, Curitiba, v. 3, p. 174, 2003.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Vianna Alves. *Direito constitucional II – Direito constitucional e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2012. (*Coleção Saberes do Direito* 2.)

BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BETTI, Emilio. *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte especial 2. Dos crimes contra a pessoa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Direito e justiça em São Tomás de Aquino*. Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67407/70017%20acesso%2012%20junho%202015>. Acesso em: 19 ago. 2018.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. A interpretação como parte integrante do processo legislativo. *Revista do Serviço Público*, ano V, v. IV, n. 3, p. 121, dez. 1942.

BOBBIO, Norberto. *Democracia e segredo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2015.

BOBBIO, Norberto. *Estado Governo sociedade para uma teoria geral da política*. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 8. ed. rev. ampl. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: UnB, 1995.

BOCHENSKI, I. M. *Los métodos actuales del pensamiento*. Tradução Raimundo Drudis Baldrich. Madrid: Ediciones Rialp, 1979.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *História da filosofia do direito e do estado*. Antiguidade e Idade Média. *Geschichte der Rechts-und Staatsphilosophie. Antike und Mittelalter*. Tradução Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

BODIN, Jean. *Os seis livros da república – livro primeiro*. Tradução, introdução e notas de José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011. (*Coleção Fundamentos do Direito*.)

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BORGES, Felipe Dezorzi. Ativismo jurídico: expressão do acesso à Justiça e da cidadania ativa. *Revista da Defensoria Pública da União*, v. 1, n. 3, 2010. Disponível em: <http://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/dpu/article/viewFile/87/87>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRANCO, Luiz Carlos. *Manual de introdução ao direito*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2003.

BRANDÃO, Rodrigo. O Supremo Tribunal Federal e o dogma do legislador negativo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 44, 2014. Disponível em: <http://www.academia.edu/download/38181865/GABRIELDIAS-Legislator-negativo.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2019.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus Diálogos constitucionais*. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BRASIL. Advocacia Geral da União. *Parecer n. 001/2017/GAB/CGU/AGU*. Publicado no *Diário Oficial da União* n. 138, de 20.07.2017.

BRASIL. *Anuário da justiça de 2010*. São Paulo: Consultor jurídico, 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Resolução n. 7, de 18 de outubro de 2005*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2716> Acesso em: 10 de jan. 2019.

BRASIL. *Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969*. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL. Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm. Acesso em: 17 de abr. de 2019.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. *O que é nepotismo?* Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/o-que-e-nepotismo/> Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. *Presidente da Suprema Corte Indiana traça paralelo entre as Constituições do Brasil e da Índia*. Disponível em: <https://SupremoTribunalFederal.jusbrasil.com.br/noticias/95481/presidente-da-suprema-corte-indiana-traca-paralelo-entre-as-constituicoes-do-brasil-e-da-india>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. *Quem somos nós*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos> Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12/DF*. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em: 21 ago. 2008. *DJE* 11 set. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em: 8 jun. 2017. *DJE* 16 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.950*. Relator: Min. Eros Grau. Julgado em: 3 nov. 2005. *DJ* 2 jun. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.266*. Relator: Min. Eros Grau. Julgado em: 6 abr. 2005, *DJ* 23 set. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF*. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 29 maio 2008. *DJE* 27 maio 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.661/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 20 out. 2011. *DJE* 23 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.063/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 18 maio 1994. *DJ* 20 maio 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.240/BA*. Relator: Min. Eros Grau. Julgado em: 9 maio 2007. *DJE* 17 maio 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF*. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 5 maio 2011, *DJE* 13 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.4.439/DF*. Relator: Luís Roberto Barroso. Julgado em: 27 set. 2017. *DJE* 21 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 98/MT*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 7 ago. 1997. *DJ* 31 out. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 183/MT*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 7 ago. 1997. *DJ* 31 out. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.573/DF*. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 1º dez. 2005. *DJE* 12 dez. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.364/SC*. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 2 mar. 2011. *DJE* 21 mar. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.835/SC*. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 17 set. 2014. *DJE* 2 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.307/DF*. Relator: Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 11 abr. 2013. *DJE* 22 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 815/DF*. Relator: Min. Moreira Alves. Julgado em: 28 mar. 1996. *DJE* 9 abr. 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 594/DF*. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgado em: 19 fev. 1992. *DJE* 28 fev. 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 4 set. 1997. *DJE* 4 set. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.063/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 18 maio 1994. *DJ* 20 maio 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.213/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 4 abr. 2002. *DJ* 23 abr. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.647/PA*. Relator: Min. Celso Velloso. Julgado em: 2 dez. 1998. *DJ* 10 dez. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 170/RS*. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 19 fev. 2014. *DJE* 28 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.343/DF*. Relator: Min. Ayres Britto Julgado em: 1 nov. 2011. *DJE* 22 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.753/DF*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence Julgado em: 17 set. 1998. *DJ* 29 set. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 162/DF*. Relator: Min. Moreira Alves. Julgado em: 2 ago. 1993. *DJ* 6 ago. 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.102/RJ*. Relator: Min. Carmen Lúcia. Julgado em: 30 out. 2014. *DJ* 17 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.551/MG*. Relator: Min. Celso de Melo. Julgado em: 2 abr. 2003. *DJE* 20 abr. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.111/RN*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgado em: 30 jun. 2017. *DJE* 8 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Popular n. 3.388/RR*. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em: 19 mar. 2009. *DJE* 24 set. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n. 200.733/RS*. Relator: Min. Moreira Alves. Julgado em: 30 set. 1997. *DJ* 14 nov. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n. 658.491 AgR*. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 20 mar. 2012. 1ª T. *DJE* 7 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n. 744.121/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em: 9 jun. 2015. *DJE* 30 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n. 748.786/RJ*. Relator: Min. Eros Grau. Julgado em: 18 ago. 2009. *DJE* 27 ago. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Reclamação n. 14.343/CE*. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgado em: 27 fev. 2014. *DJE* 28 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Reclamação n. 8.111/SP*. Relator: Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 2 mar. 2011. *DJE* 28 mar. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 477554/MG*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 16 ago. 2011. *DJE* 25 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 1-7/RJ*. Relator: Min. Néri da Silveira. Julgado em: 3 fev. 2000. *DJ* 7 nov. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 226/RS*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 11 mar. 2011. *DJE* 17 mar. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ*. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 5 maio 2011. *DJE* 13 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.347/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio Julgado em: 9 set. 2015. *DJE* 19 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 288/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 22 out. 2013. *DJE* 24 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 14/DF*. Relator: Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 24 mar. 2011. *DJE* 4 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 26 abr. 2012. *DJE* 3 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *As Constituições do Brasil*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97174>. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 1.109.60/DF*. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 19 ago. 2014. *DJE* 24 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 124.306/RJ*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 29 nov. 2016. *DJE* 07 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 135.679/PE*. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 14 set. 2016. *DJE* 16 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 82.959/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 23 fev. 2011. *DJE* 28 fev. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 87.585/TO*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 3 dez. 2008. *DJE* 26 jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Histórico do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: [http://www.SupremoTribunalFederal.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreSupremoTribunalFederalConhecaSupremoTribunalFederalJulgamentoHistorico&pagina=](http://www.SupremoTribunalFederal.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreSupremoTribunalFederalConhecaSupremoTribunalFederalJulgamentoHistorico&pagina=SUPREMO%20TRIBUNAL%20FEDERALHistorico)SUPREMO TRIBUNAL FEDERALHistorico. Acesso em: 5 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Súmula do STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf. Acesso em: 8 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 670/ES*. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgado em: 25 out. 2007. *DJE* 6 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 708/DF*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 25 out. 2007. *DJ* 6 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 712/PA*. Relator: Min. Eros Grau. Julgado em: 25 out. 2007. *DJ* 6 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.369*. Relator: p/o ac. Min. Menezes Direito. Julgado em: 9 set. 2008. 1ª T. *DJE* 19 dez. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.603/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 4 out. 2007, *DJE* 16 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 28.678/DF*. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em: 7 ago. 2018. *DJE* 16 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 29.146. *Informativo Supremo Tribunal Federal*. Brasília, 13 a 17 de abril de 2015 – n. 781. Disponível em: <http://SupremoTribunalFederal.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo781.htm>. Acesso em: 22 de abr. de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 34.064/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 2 ago. 2018. *DJE* 6 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 35.985/DF*. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 19 nov. 2018. *DJE* 20 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 35.793/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em: 4 set. 2018. *DJE* 5 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 24.317/MG*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em: 9 ago. 2016. *DJE* 25 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 24.686/RJ*. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgado em: 25 out. 2016. *DJE* 11 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 32.052/MS*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 23 nov. 2018. *DJE* 27 nov. 2018. Publicado em: 27 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 1017664/DF*. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em: 25 out. 2019. *DJE* 5 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 1191442/CE*. Relator: Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 8 abr. 2019. *DJE* 10 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337/SP*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 23 ago. 2011. *DJE* 15 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 730.744/ SP*. Relator: Min. Rosa Weber. Julgado em: 2 abr. 2013. *DJE* 11 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 1182812/RS*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 23 ago. 2019. *DJE* 3 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 1.045.217/SP*. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 4 abr. 2018. *DJE* 30 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 1159797/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado em: 04 out. 2018. Disponível em: [http://portal.Supremo Tribunal Federal.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5542803](http://portal.SupremoTribunalFederal.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5542803). Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 346180. Informativo Supremo Tribunal Federal*. Brasília, 13 a 17 de junho de 2011 – n. 631. Disponível em: [http://Supremo Tribunal Federal.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo631.htm](http://SupremoTribunalFederal.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo631.htm). Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 363889/DF*. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 2 jun. 2011. *DJE* 16 dez. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 566.365*. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 22 fev. 2011. 1ª T. *DJE* 12 maio 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 566.622/RS*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 23 fev. 2017. *DJE* 24 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 579.951/RN*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 21 ago. 2008. *DJE* 11 set. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 592.581/RS*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 13 ago. 2015. *DJE* 1 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 594.018 AgR*, Relator: Min. Eros Grau. Julgado em: 23 jun. 2009. 2ª T. *DJE* 7 ago. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 642.536/AP*. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 5 fev. 2013. *DJE* 27 fev. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 888.815*. Relator: p/o ac. Min. Alexandre de Moraes. Julgado em: 12 set. 2018, P, *Informativo* 915, Tema 822.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 898450/SP*. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 17 ago. 2016. *DJE* 31 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 146.020 /DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em: 9 abr. 2018. *DJE* 27 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 120.598/DF*. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 24 mar. 2015. *DJE* 8 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 87.449/RJ*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 7 mar. 2006. *DJ* 3 ago. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 30.580/DF*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgado em: 14 fev. 2012. *DJE* 29 fev. 2012.

BREGA FILHO, Vladimir; ALVES, Fernando de Brito. Termidorizar a deliberação: o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Brasileira de Direito*, 11(1): 124-134, jan.-jun. 2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5179375.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2019.

BRESSER-PEREIRA, L. C.; SPINK, P. (Orgs.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, v. 189, 1992.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. 1. ed. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRITTO, Carlos Ayres. Poder Constituinte versus Poder Reformador. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira. *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

BRITTO, Carlos Ayres. Poder Judiciário: ativismo versus proatividade. *O Estado de S. Paulo*, 24.05.2015.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BRITTO, Carlos Ayres; VARELLA; ROCHA. Editorial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB, v. 5, número especial, 2015. Brasília: UniCEUB, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3412/2685>. Acesso em: 4 mar. 2019.

BRUTAU, José Puig. *La jurisprudencia como fuente del Derecho*. Barcelona: Bosch, s/d.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.); GASPARD, Murilo (Org.). *Teoria do Estado*. Sentidos contemporâneos. São Paulo: Saraiva, 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões *contra legem* a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. *Pensar-Revista de Ciências Jurídicas*, v. 15, n. 2, p. 603-628, 2012. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2143/1743>. Acesso em: 19 mar. 2019.

CABRAL, Lina Marie. *Em direção ao estado constitucional cooperativo: uma análise comparativa da abertura constitucional à dimensão internacional no Brasil e na Espanha*. Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2011.

CALDAS, Alyne Mendes. Ativismo judicial: uma legitimidade necessária ou uma necessidade legítima? *Rev. de Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, Maranhão, v. 3 n. 2, p. 43-62, jul.-dez. 2017. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/teoriasdireito/article/view/2567/pdf>. Acesso em: 11 jul. 2018.

CALSING, Renata de Assis; SANTOS, Julio Estron; SANTOS, Carolina Costa. O estado laico na atualidade: uma análise comparativa da laicidade nos ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol. *Revista Brasileira de Direito*, v. 13, n. 2, p. 381, 2017.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2009.

CAMBI, Eduardo. Revisando o princípio da separação dos poderes para tutelar os direitos fundamentais sociais. In: KLOCK, Andrea Bulgakov *et al.* (orgs). *Direitos fundamentais revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN – Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 20. reimp. Coimbra: Almedina, 1941.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Portugal: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Parte especial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, v. 3, 1961.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARCOVA, Carlos María. Hay una traducción correcta de las normas? *Revista eletrônica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Socieales Ambrosio L.Gioja- Facultad de Derecho – UBA, Buenos Aires, Argentina, n. 04, 2009.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Cortes supremas e sociedade civil na América Latina: estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia*. 2012. Universidade de São Paulo. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-16052013-162225/en.php>. Acesso em: 17 abr. 2019.

CARNEIRO, João Geraldo Piquet. Análise da estruturação e do funcionamento do Juizado de Pequenas Causas da cidade de Nova Iorque. In: WATANABE, Kazuo. *Juizado especial de pequenas causas*: Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984. São Paulo: RT, 1985.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Como se guardam os guardas? Limites institucionais à independência judicial no Brasil e na Espanha. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 4, n. 2, p. 118-119, 2017.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Contribuições para uma teoria crítica da Constituição*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. A Constituição de 1988 como matriz de políticas públicas: direitos, deveres e objetivos no campo dos direitos sociais, *In: MENDES, Gilmar. Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAVALCANTE, Tatiana Maria Náufel. *Cidadania e acesso à justiça*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32195-38277-1-PB.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2018.

CAVALCANTI, Alessandra Damian. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? O papel da corte constitucional nas omissões constitucionais – Mandados de Injunção n. 670, 708 e 712. *Revista de Direito Brasileira*, [S.l.], v. 16, n. 7, p. 79-95, abr. 2017. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3018>. Acesso em: 10 jul. 2018.

CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. *Crime e sociedade complexa: uma abordagem interdisciplinar sobre o processo de criminalização*. Campinas: LZN, 2005.

CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CHADID, Ronaldo. *A função social do Tribunal de Contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CHAVES, Marianna. *O reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro e a questão do ativismo judicial*. Disponível em: https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/02/2012_02_0739_0757.pdf. Acesso em: 12 jul. 2018.

CHEVALLIER, Jaques. *O Estado Pós-Moderno*. L'Ést post moderne. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum (Coleção Fórum Brasil-França de Direito Público), 2009.

CHRISTIANSEN, Eric C. *Ativismo judicial: as experiências brasileira e sul africana no combate à AIDS*. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19156/ativismo-judicial-as-experiencias-brasileira-e-sul-africana-no-combate-a-aids/2>. Acesso em: 17 abr. 2019.

CIARLINI, Álvaro Luís de Araújo Sales. Discrição e ativismo: desafios democráticos diante da expansão do poder judicial. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 1, n. 11, p. 6549-6578, 2012. Disponível em: http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/11/2012_11_6549_6578.pdf. Acesso em: 15 jul. 2018.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano LI, n. 2, e ano 111, n. 3, 2001-2002. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16013577.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2018.

COELHO, Claudio Carneiro Bezerra Pinto. O “novo” constitucionalismo em tempos de austeridade fiscal e o papel das Cortes Constitucionais no Brasil e em Portugal. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, v. 12, n. 2, p. 71-72, jul./dez. 2018.

COELHO, Inocêncio Mártires. *A hermenêutica constitucional como teoria do conhecimento do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB, v. 5, n. 2, número especial. Brasília: UniCEUB, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3412/2685>. Acesso em: 4 mar. 2019.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosofia a hermenêutica jurídica: fragmentos*. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, G. F. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coord.). *O STF e a interpretação da Constituição: casos paradigmáticos em direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

COHEN, Felix S. Transcendental Nonsense and the Functional Approach. *Columbia Law Review*, v. XXXV, n. 6, 1935. Disponível em: <http://moglen.law.columbia.edu/LCS/cohen-transcendental.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2018.

COLLINS, Hugh. *Regulating contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

COMAS, Juan; LITTLE, Kenneth L; SHAPIRO, L. Harry; LEIRIS, Michel; LÉVI-STRAUSS, Claude. *Debates*. Ciências sociais. Raça e ciência I. São Paulo: Perspectiva, 1972.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 138, 1998. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496870/RIL138.pdf?sequence=1#page=37>. Acesso em: 9 mar. 2019

COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos sociais e culturais. In: CUNHA, Sérgio Sérvula da; GRAU, Eros Roberto (Org.) *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMTE-SPONVILLE, André. *O ser-tempo: algumas reflexões sobre o tempo da consciência*; tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. Ativismo judicial: do neoconstitucionalismo ao neoprocessualismo. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 6, n. 6, 2010. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21584>. Acesso em: 12 jul. 2018.

COSTA NETO, João. A Corte Constitucional sul-africana e os direitos fundamentais: um paradigma a ser seguido? *Observatório da Jurisdição Constitucional*, ano 7, n. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/934/642>. Acesso em: 20 abr. 2019.

COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008, 421 f. Dissertação (Doutorado em Direito). UnB – Brasília. 2008, p. 29. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp149009.pdf>. Acesso em: mar. 2017.

COSTA, Emilia Viotti da. *A abolição*. 6. ed. São Paulo: Global, 1997.

COSTA, Jamilly Steffane Liberato da; CASTRO, Izamara Dayse Cavalcante de; MELO, Felipe Victor Carvalho César e. *et al.* Adoção homoparental conjunta: famílias socioafetivas e a concretização do melhor interesse da criança e do adolescente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 957, p. 85-107, jul. 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.); BARROSO, Luís Roberto; FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles; MAUÊS, Antonio Moreira *et al.* *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: RT, 1998.

CRISTIANI, Cláudio Valentim. O direito no Brasil colonial. In: WOLKMER, A. C. (Org.). *Fundamentos de história de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DAFLON, Verônica Toste; FERES JUNIOR, João; CAMPOS, Luiz Augusto. Ações afirmativas raciais no ensino superior público brasileiro: um panorama analítico. *Cadernos de*

Pesquisa, v. 43, n. 148, p. 302-327, 2013. Disponível em: <http://publicacoes.fcc.org.br/ojs/index.php/cp/article/view/261>. Acesso em: 17 mar. 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Educação superior, direito e Estado: na Lei de Diretrizes e Bases*. Nina Ranieri. São Paulo: EDUSP, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. In: *Educação superior, direito e Estado: na Lei de Diretrizes e Bases*. Nina Ranieri. São Paulo: Universidade de São Paulo/EDUSP, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado federal*. São Paulo: Ática, 1986.

DAROS, Luciano. *O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória*. Newsletter. Observatório de Elites Políticas e Sociais do Brasil. v. 2, n.9. 2015. Universidade Federal do Paraná (UFPR) Núcleo de Pesquisa Em Sociologia Política Brasileira (NUSP). Disponível em: <http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2018.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DELLAGNEZZE, René. *O constitucionalismo e o neoconstitucionalismo*. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15906. Acesso em: 15 fev. 2018.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. A permissão constitucional e a nova Lei de Interceptação Telefônica. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, IBCCrim, 47/2, out. 1996.

DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009.

DIAS, Gabriel Nogueira. “Legislador negativo” na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria *Reine Rechtslehre*. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais–RBEC*, Belo Horizonte, ano, v. 4, p. 91-116. Disponível em: <http://www.academia.edu/download/38181865/GABRIELDIAS-Legislador-negativo.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2019.

DILTHEY. Origens de hermenêutica. In: AGOSTINHO, S. et al. *Textos de hermenêutica*. Tradução Alberto Reis. Lisboa: Rés, 1984.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito: definição e conceitos básicos, norma jurídica*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.

DINIZ, Debora; AVELINO, Daniel. Cenário internacional da pesquisa em células-tronco embrionárias. *Revista da Saúde*, Brasília: Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito, introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DORI, Caroline Lovison; AGARIE, Caio Vinicius Roldão. *A juristocracia brasileira do século XXI: problemas do ativismo judicial com poder desconstituinte. A Desigualdade e a Reconstrução da Democracia Social*. III Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

DUARTE, Hugo Garcez; COSTA, Igor Amaral da. Uma análise contemporânea da teoria da tripartição de poderes e dos conceitos de judicialização da política e ativismo judicial. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 151, ago. 2016. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17702&revista_caderno=9. Acesso em: 12 jul. 2018.

DUTRA, Luciano. *Direito constitucional essencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EFE. Suprema Corte da Índia decide descriminalizar a homossexualidade no país. *Revista Exame*. 6 de abril de 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mundo/suprema-corte-da-india-decide-descriminalizar-a-homossexualidade-no-pais/>. Acesso em: 20 abr. 2019.

EIRÓ, Pedro. *Noções elementares de direito*. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1997.

ELY, John Hart. Democracia e desconfiança. *Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução Juliana Lemos. Revisão Técnica de Alonso Reis Freire. Revisão da tradução e texto final de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

EMMERICK, Rulian. *Aborto: (des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FAGUNDES, Miguel Seabra. 1828-2003: *Supremo Tribunal, sessão solene comemorativa dos 175 anos da criação da Suprema Corte do Brasil*: sessão realizada em 18-9-2003. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004.

FALCÃO, Paula Margarida Tavares. *Sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal*. Faculdade de Direito da Universidade Católica. Escola de Lisboa. Mestrado. 2013. Disponível em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/15245/1/Tese_indice_v03.pdf. Acesso em: 21 abr. 2019.

FALCONE, Marconi. *Justiça constitucional*. O caráter jurídico político das decisões do STF. São Paulo: Método, 2008.

FARIA, Iolanda Pinto de. Ativismo judicial e direitos humanos: paradoxos e tensões na interpretação de normas constitucionais. *Revista Interfaces Científicas – Direito*, Aracaju, v. 7, n. 1, fev. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 6. ed. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2006

FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.); SARMENTO, Daniel; COELHO, Inocêncio Mártires; PAIVA, Paulo *et al.* *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

FELONIUK, Wagner Silveira. A política e a Suprema Corte dos Estados Unidos. *Revista de Teorias e Filosofias do Estado*. Publicação eletrônica, v. 01, n. 01, 2015. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistateoriasfilosofias/article/view/770>. Acesso em: 17 abr. 2019.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil contemporâneo*. 2010. 313 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13175>. Acesso em: 10 jul. 2018.

FERNANDES, Tatiana Moretz-Sohn. Democracia e minorias: uma leitura crítica sobre a forma de governo no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 96, jul./ago. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_

divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.96.01.PDF. Acesso em: 18 abr. 2019.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes*. O poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo. São Paulo: RT, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA, Gilson. A jurisprudência *contra legem* e sua posição no quadro teórico das fontes de produção normativa segundo o modelo jurídico romano-germânico. *Prisma Jurídico*, n. 5, 2006. Disponível em: <https://www.redalyc.org/html/934/93400507/>. Acesso em: 19 mar. 2019.

FERREIRA, Ivanilda Maria Figueiredo de Lyra. *Entre garotos, intocáveis e bugres: o sistema de justiça na consolidação do paradigma de direitos fundamentais*. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RIO, 2010. Tese (Doutorado em Direito). Rio de Janeiro, 2010.

FERREIRA, Thaís Chaves Pedro. Efetividade das decisões das instâncias ordinárias como fator de reconstrução do papel constitucional do Supremo Tribunal Federal. *Publicações da Escola da AGU*. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1788>. Acesso em: 7 mar. 2019.

FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Tradução Octanny S. da Mota e Leonidas Hegenberg. Rio de Janeiro: F. Alves, 1977.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – uma visão geral. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito*, n. 1, 2007. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/download/736/509>. Acesso em: 9 mar. 2019.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal – parte especial*. 4. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 11. ed. São Paulo: RT, 2011.

FRANCO, Alberto Silva. Algumas questões sobre o aborto. *Revista ICP – Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, 2016.

FRIEDE, Reis. *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

FRIEDE, Reis. *O Judiciário mais caro do mundo*. Disponível em: <http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,o-judiciario-mais-car-do-mundo,10000060068>. Acesso em: 20 jan. 2018.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. 5. ed. Salamanca: Sígueme, 1993. v. 1.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. Tradução Ênio Paulo Giachini, revisão da tradução por Márcia de Sá Calvancanti-Shuback. Petrópolis-RJ: Vozes, 2004.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Área do Direito do Estado, Subárea Direito Constitucional, São Paulo, 2012.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GARCIA, Keila Lacerda de Oliveira Magalhães. *Comentários ao Habeas Corpus 124.306/2016: decisão da primeira turma do STF que considerou o aborto até o terceiro mês de gestação atípico*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,comentarios-ao-habeas-corpus-1243062016-primeira-turma-do-stf-que-considerou-o-aborto-ate-o-terceir.html>. Acesso em: 19 fev. 2019.

GARCIA, Lucyellen Roberta Dias; ZACHARIAS, Ricardo Almeida. *Crise de Legitimidade do Poder Legislativo e Ativismo Judicial: uma análise crítica do fenômeno como fator de risco para o Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos>. Acesso em: 13 mar. 2019.

GASCON ABELLÁN, Marina. Os limites da justiça constitucional: a invasão do âmbito político. *Revista brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 9, p. 71-92, jan/mar. 2009.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. 6. ed. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

GODINHO, Marcello; DUARTE, Fernanda. Notas Sobre a Suprema Corte Norte Americana. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro – SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 20, 2007. Disponível em: http://www7.trf2.jus.br/sophia_web/asp/download.asp?codigo=44020&tipo_midia=2&iIndexSrv=1&iUsuario=0&obra=65472&tipo=3&iBanner=0&iIdioma=0. Acesso em: 20 abr. 2019.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito grego e historiografia jurídica*. 1. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei n. 9.296/96. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 45, ago. 1996.

GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Joaquim Barbosa. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas. Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, p. 15-58, 2003. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/21672-21673-1-PB.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: RT, 1997.

GONÇALVES, Guilherme Leite. Função interpretativa, alopoiese do direito e hermenêutica da cordialidade. *Revista Direito e Praxis*, Universidade do Rio de Janeiro – UERJ, v. 01, n. 01, 2010.

GORDILLO, Agustin. *Metodo en derecho: aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*. Madrid: Civitas, 1988.

GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. *Revista RIDB*, Lisboa, ano 3, n. 5, p. 3463-3490, 2014. Disponível em: https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/05/2014_05_03463_03490.pdf. Acesso em: 9 jul. 2018.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo: RT, 1978.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – Parte especial*. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. v. II. 607 p.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GROSS, Jacson; GUIMARÃES, Marcelo Maduell. Igualdade, dignidade da pessoa humana e minorias: uma democracia social em construção. *Revista de Direitos Humanos e Efetividade. Minas Gerais*, v. 1, n. 2, p. 218-235, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/revistadhe/article/download/124/125>. Acesso em: 18 abr. 2019.

GUASTINI, Ricardo. La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

GUERRA FILHO, Wills Santiago. *O Estado democrático de direito como Estado de direitos fundamentais com múltiplas dimensões*. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300807.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

GUNTHER, Luiz Eduardo. A negociação coletiva do trabalho como direito fundamental: necessidade de afirmação da tutela dos direitos de personalidade na atividade empresarial mundializada. *Revista Jurídica*, v. 21, n. 5, p. 95-121, 2008. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/download/118/92>. Acesso em: 18 mar. 2019.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Between Naturalism and Religion*. Transl. Ciaran Cronin. Cambridge (UK): Polity Press, 2008.

HABERMAS, Jürgen. Constitutional Democracy: a paradoxical union of contradictory principles? *Political Theory*, v. 29, n. 6, dez. 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1988. v. 1.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HARARI, Yuval Noah. *1976 – Sapiens – Uma breve história da humanidade*. Tradução Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2018.

HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: uma breve história do amanhã*. Tradução Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HÄRBELE, Peter. *El estado constitucional*. Tradução Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição* (Die offene Gesellschaft der Verfassungsinter. Ein Beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” Verfassungsinterpretation). Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HÄRBELE, Peter. *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*. Tradução Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

HÄRBELE, Peter. *Textos clássicos na vida das Constituições*. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Saraiva, 2016.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Gulbenkian, 2007.

HARTMANN, Michéle Chalbaud Biscaia. Ativismo judicial e a concretização de prestações sociais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 9, n. 9, 2011. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/54>. Acesso em: 15 jul. 2018.

HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito* (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política). 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HERRERA, Luiz Henrique Martim. Judicialização das políticas públicas de assistência à saúde: procedimentalismo versus substancialismo. *Revista de Direito*, v. 12, n. 16, 2015. Disponível em: <http://revista.pgsskroton.com.br/index.php/rdire/article/view/1972/1874>. Acesso em: 16 mar. 2019.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die Normative Kraft Der Verfassung)*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRSCHL, Ran. *Juristocracy – Political, not Juridical*. *The Good Society*, v. 13, n. 3, p. 6-11, 2004. Project MUSE. Disponível em: <https://muse.jhu.edu/article/181442>. Acesso em: 18 abr. 2019.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=ijgls>. Acesso em: 18 abr. 2019.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=ijgls>. Acesso em: 18 abril 2019.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2011. (Coleção Fundamento do Direito.)

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate “procedimentalismo versus substancialismo”. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 57, 2006. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/310807.pdf>, Acesso em: 16 mar. 2019.

JABOUR, Michel Barros Felipe *et al.* *Súmula 446 do TST: um entendimento contra legem injustificável*. 2016. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/xmlui/handle/ufjf/3706>. Acesso em: 19 mar. 2019.

JARDIM, Torquato Lorena. Due process of law e a proteção das liberdades individuais. Ref. *Inf. Legisl.*, Brasília, e. 19 n. 74, abr/jun 1982. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181374.pdf?sequence=3>. Acesso em: 16 abr. 2019.

JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Cidade do México: Fundo de Cultura Econômica, 2002.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte especial dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.

JUNIOR CANELA, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1962. v. 2.

KERCKHOVE, Derrick de. *A pele da cultura – uma investigação sobre a nova realidade electrónica*. Tradução Luís Soares e Catarina Carvalho. Lisboa: Relógio d'Água, 1997.

KLUG, Heinz. South Africa: From Constitutional Promise to Social Transformation. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Org.). *Interpreting Constitutions: a comparative study*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (kooperationsmaxime). *Revista de Processo*. v. 251, p. 9/10, jan. 2016. Disponível em: www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.04.PDF. Acesso em: 6 abr. 2019.

KOERNER, Andrei. *Ativismo judicial?* Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Novos estud. – CEBRAP [on-line], n. 96, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso.

LAFER, Celso. Prefácio de Elival da Silva Ramos. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 1, n. 3, p. 123-140, 2014. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5839979>. Acesso em: 11 jul. 2018.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Dworkin X Habermas, uma discussão acerca da legitimidade da jurisdição constitucional entre substancialismo e procedimentalismo: novas perspectivas. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 4, n. 17, p. 31-58, 2007. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/606>. Acesso em: 16 mar. 2019.

LEAL, Mônia; MORAES, Maria. O Supremo Tribunal Federal e o discurso da implementação de políticas públicas na jurisprudência brasileira: a atuação justificada na omissão. *Revista do Departamento de Ciências Humanas da Universidade de Santa Cruz do Sul*, Edição Especial n. 47, p. 289-301, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/9571/6025>. Acesso em: 2 abr. 2019.

LEAL, Rogério Gesta. As responsabilidades políticas do ativismo judicial. In: LEAL, Mônia C. H.; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). *Ativismo judicial e déficits democráticos*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez?* O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Saul Tourinho. Por dentro das Supremas Cortes: bastidores, televisionamento e a magia da tribuna. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB, Brasília, v. 5, número especial, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3412/2685>. Acesso em: 4 mar. 2019.

LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo judicial. *BDJur*, Brasília, v. 5, 2008. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79068416.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2018.

LEITE, Glauco Salomão. Inércia legislativa e ativismo judicial: a dinâmica da separação dos poderes na ordem constitucional brasileira. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 45, 2014. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/45artigo1.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2018.

LELIS, Rafael Carrano. Controle de constitucionalidade, ativismo judicial e ameaças à legitimidade democrática: uma análise comparada entre Brasil e Portugal. *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena*, v. 22, n. 1, p. 71, 2017.

LEON, Victor de Queiroz Barbosa; CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues de. *Ativismo judicial e federalismo fiscal: o comportamento do supremo tribunal federal*. 2009. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

LETAMENDI, José de. *Porque “a gramática do tema é a higiene da controvérsia”*. Discurso sobre la naturaleza y el origen del Hombre, pronunciado en el Ateneo Catalan, Seccion de Ciencias exactas, fisicas y naturales, en las noches del 13 y del 15 de Abril de 1867. Ebook. Disponível em: https://books.googleusercontent.com/books/content?req=AKW5QadeAZ2WOs8PyGl5mCxdkZrhyZ04E-VDWTon5zARVi6qW5pL7sn3cp_vICViyXeu5ajtGMHwowqB6ZNpN7wamQclPZ67v5cEqrlwKp67LzvVSeEQqIc0cpbDgTvehq5TxBJ6y9W6WO3Hq0BjBz8POwvYF-RWsz6pZCWyMQWk-thJZxASEv27KWcjtXLXjz64fQNHhvTF_r3lYlFH9jwBUAgWV39_IPX9EYkFT4QKeVhTZsyLsnIZdMXYb8Lb8IxFoCE5tOHPrho1Z5R6Q8dsQkU7G4fHjpX_U1R2CPG9Tu1VSL08fqI. Acesso em: 18 abr. 2019.

LIMA JUNIOR, José Martins. *O ativismo judicial em favor da dimensão social e da dignidade humana*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-ativismo-judicial-em-favor-da-dimensao-social-e-da-dignidade-humana,56816.html>. Acesso em: 16 mar. 2018.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. Revisitando os pressupostos da juristocracia à brasileira: mobilização judicial na Assembleia Constituinte e o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 2, p. 145-167, ago. 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/59168/35975>. Acesso em: 18 abr. 2019.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Organização: Igor César F. A. Gomes. São Paulo: Vozes, 1994.

LOPES, Herton Castiglioni. O nepotismo no Brasil: uma explicação institucionalista a partir das interpretações de Raymundo Faoro e Sérgio Buarque de Holanda. *Economia Ensaios. Revista do Instituto de Economia da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia: IERI-UFU, n. 29 (1), jul./dez. 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima (Org.). *O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 3.tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOUREDO, Paula. *Países onde é permitido o uso de células-tronco*. Disponível em: <http://www.brasilecola.com/biologia/celula-mae3.htm>. Acesso em: 14 jan. 2019.

LOURENÇO, Nuno Sá. Tribunal Constitucional rejeita inconstitucionalidade da lei do aborto. *Jornal Público*. Fev. 2010. Disponível em: <https://www.publico.pt/2010/02/27/jornal/tribunal-constitucional-rejeita-inconstitucionalidade-da-lei-do-aborto-18887683>. Acesso em: 20 abr. 2019.

LÜDKE, Menga; ANDRÉ, Marli E. D. A. *Pesquisa em educação: abordagens qualitativas*. São Paulo: E.P.U., 2012.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução para o espanhol de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. Cidade do México: Ed. Herder, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. Atlas: São Paulo, 2004.

MACHADO, Joana de Souza. *Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2008. 130 f. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077037.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2018.

MACHADO, Sulamita Crespo Carrilho. O normativismo jurídico de Hans Kelsen: a norma jurídica como objeto da ciência do Direito. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, v. 4, p. 8, 2003. Disponível em:

<http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/prof/bkp/PROFES~1.RTF>. Acesso em: 15 maio 2011.

MACHADO, Vítor Gonçalves. *Breves considerações sobre a verdade e sua importância para o direito*. Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e6fa05c07b144b6f. Acesso em: 12 abr. 2019.

MACHIAVELLI, Niccolò. *O príncipe*. Versão para eBook. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/principe.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2018.

MACIEL, Marcelo Sobreiro. O poder legislativo: perspectivas de um debate necessário. Seminário: “*Desafios do Poder Legislativo*”. Cadernos ASLEGIS / Associação dos Consultores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados, Brasília: Aslegis, n. 40, maio/ago. 2010.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MAFFESOLI, Michel. *A violência totalitária*. Porto Alegre: Sulina, 2001.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica jurídica clássica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MAIA, Vinícius Lins. *A legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal: contribuições para a prática do ativismo judicial*. 2014. Dissertação (mestrado) – Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/123950>. Acesso em: 24 maio 2019.

MARK, Tushnet. The United States: Eclecticism in the Service of Pragmatism. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Org.). *Interpreting Constitutions: a comparative study*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2013.

MARONA, Marjorie Corrêa. *Pensando o direito em sociedades complexas*. Disponível em: <http://domtotal.com/direito/uploads/1804.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

MAROTI E MASSONI. Litigância de má-fé no processo do trabalho. *Revista Jurídica Consulex*, ano XX, n. 469, 1º ago. 2016, p. 24. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65911>. Acesso em: 10 abr. 2019.

MARQUES, Gabriel. *Da senzala à unidade racial: uma abordagem da realidade racial no Brasil*. Brasília: Planeta Paz, 1996.

MARTINS, Carlos Benedito. Resenhas: em defesa do conceito de sociedade. ELLIOT, Anthony; TURNER, Bryan. *On society*. Cambridge: Polity Press, 2012. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 28, n. 82, jun. 2013.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *As vertentes do direito constitucional brasileiro: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. Parlamentarismo ou Presidencialismo? *Série Realidade Brasileira*, Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. II.

MARTINS, Maria Fernanda Vieira. *A velha arte de governar: um estudo sobre política e elites a partir do Conselho de Estado (1842-1889)*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2007.

MAUÉS, Antonio Moreira. Súmula vinculante e proteção dos direitos fundamentais. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e Ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía. A recepção dos Tratados de Direitos Humanos pelos Tribunais nacionais: sentenças paradigmáticas de Colômbia, Argentina e Brasil. In: *O Cumprimento das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDEIROS, Carlos Alberto. *Na lei e na raça: legislação e relações raciais, Brasil-Estados Unidos*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

MELLO FILHO, José Celso de. 1945-. *Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)/Ministro Celso de Mello*. 2. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

MELLO, Patrícia Perrone. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC, ADO*. Comentários à Lei 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva e Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), 2007.

MENEZES, Bruno Paiva. *Ativismo judicial: o Supremo Tribunal Federal estaria legislando? Caso dos mandados de injunção que regulamentam o direito de greve dos servidores públicos*. Monografia (especialização) – Curso de Política e Representação Parlamentar, Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), 2013. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/13716>. Acesso em: 15 jul. 2018.

MENEZES, Flavia Ferreira Jacó de; SILVA, Alexandre Garrido da. *Poder Judiciário e diálogos institucionais: uma perspectiva frente à flexibilização das decisões*. Horizonte Científico, v. 8, n. 1, 2014. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/view/17921>, Acesso em: 19 mar. 2019.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

MILANEZ, Daniela. O direito a saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 237:197-221, jul./set. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44372/44822>. Acesso em: 18 abr. 2019.

MINHOTO, Antônio Celso Baeta. O ativismo judicial em face do tenso e frágil equilíbrio entre inclusão social e livre iniciativa: o papel do Poder Judiciário na construção de políticas públicas e sua intervenção no domínio econômico. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 6, n. 10, Curitiba, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: preliminares, o Estado e os sistemas constitucionais*. 6. ed. [s.l.]: Coimbra, 1997.

MOISES, José Álvaro; CARNEIRO, Gabriela Piquet. Democracia, desconfiança política e insatisfação com o regime: o caso do Brasil. Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo. *Opin. Publica*, Campinas, v. 14, n. 1, jun. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_S0104-62762008000100001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 12 mar. 2019.

MONTEIRO, Arthur Maximus. Ativismo judicial: panorama atual no Supremo Tribunal Federal. *Revista Jurídica da UNI*, 7, v. XI, n. 1, Fortaleza, abr. 2014.

MONTEIRO, Marcela Nogueira. *O caso Raposa Serra do Sol e a Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Primeira Região: uma análise do contexto jurisprudencial no qual se*

inserir as 19 cláusulas condicionantes. Monografia apresentada à escola de formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. São Paulo, 2010.

MONTESQUIEU, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 28. ed. São Paulo: RT, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 7. ed. rev. ampl. e atual. com a E. C. n. 27/99. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MORAIS, José Luis; BRUM, Guilherme. Estado social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v16i63.45>. Acesso em: 3 abr. 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Suprema Corte Norte-Americana: um modelo para o mundo? *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, 233: 201-211, jul./set. 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45448/45002> Acesso em: 16 abr. 2019.

MORO, Sérgio Fernando. A Corte exemplar: considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 36, 2001. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/1802/1499>. Acesso em: 16 abr. 2019

MOTTA, Sylvio. *Direito constitucional – Teoria, jurisprudência e questões*. 27. ed. São Paulo: Método, 2018.

MUNANGA, Kabengele. *Estratégias e políticas de combate à discriminação racial*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Estação ciência, 1996.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NARRAIN, Arvind. *Brazil, India, South Africa: Transformative Constitutions and their Role in LGBT Struggles*. SUR (2014). Disponível em: <https://sur.conectas.org/en/brazil-india-south-africa-transformative-constitutions-and-their-role-in-lgbt-struggles/>. Acesso em: 21 abr. 2019.

NASCIMENTO, Abdias do. *Combate ao racismo: discursos e projetos*. Brasília: Coordenação de Publicações – Câmara dos Deputados, 1983.

NASCIMENTO, Cristiano de Jesus Pereira. O sapateiro de Apeles: o protagonismo do Supremo Tribunal Federal e as fragilidades no processo deliberativo judicial. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF, 9 nov. 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.57016&seo=1>. Acesso em: 18 abr. 2019.

NEGRELLEY, Leonardo Araujo. O ativismo judicial e seus limites frente ao Estado Democrático. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza/CE*. Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 1.415-1.428, 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3684.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2018.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; MEDEIROS, Jackson Jackson Tavares da Silva de. Reflexões sobre o ativismo judicial. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ – RFD*, n. 27, jun. 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/12339/12541>. Acesso em: 11 jul. 2018.

NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na modernidade periférica*. Uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. Tradução do original alemão por Antônio Luz Costa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais com diferença paradoxal do sistema jurídico*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

NEVES, Terran. Processo civil democrático: ativismo judicial frente às provas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 54, n. 215, p. 97-115, jul./set. 2017. Disponível em: www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/536837/001109474.pdf?sequence=1. Acesso em: 7 mar. 2019.

NINGELISKI, Adriane de Oliveira; BOTH, Laura Jane Ribeiro. *A judicialização da política, o ativismo judicial: desafios da democracia no Brasil*. Teorias do Direito e Realismo Jurídico. Curitiba: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito – CONPEDI, 2016. v. 2, n. 2.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. *Direito Público*, v. 3, n. 13, 2006. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/download/1314/780>. Acesso em: 14 mar. 2019.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional* – Volume único. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. Parte geral. 7. ed. São Paulo: RT, 2011.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. *A judicialização da política no Brasil: análise das decisões do TSE e do STF sobre verticalização das coligações e fidelidade partidária*. Dissertação (Doutorado) – Instituto de Ciência Política da UnB, 2014. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/17464/1/2014_AmandinoTeixeiraNunesJunior.pdf. Acesso em: 9 jul. 2018.

NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos ; LAZARI, Rafael José Nadim de. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*, v. 5, n. 2, número especial. Brasília: UniCEUB, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3412/2685>. Acesso em: 4 de mar. 2019.

NUNES, Luiz Roberto. Ativismo judicial = *Judicial activism*. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 38, p. 57-74, jan.-jun. 2011. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/103880>. Acesso em: 11 jul. 2018.

NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIBONI, Luiza Maria. *O direito na sociedade complexa e as novas formas de imputação de responsabilidade civil por danos ambientais*. 2010. Disponível em: <http://www.repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/7260/882-4623-1-PB.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 abr. 2019.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de; MOURA, Suellen Patrícia. *O minimalismo judicial de Cass Sunstein e a resolução do Senado Federal no controle de constitucionalidade: ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista15/minimalismoClaudio.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2019.

OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de; ALVES, Fernando de Brito. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 20, ago. 2014. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/432>. Acesso em: 12 jul. 2018.

OLIVEIRA, Juliana Gonçalves de; FERREIRA, Rafael Fonseca. A atuação política do Supremo Tribunal Federal: jurisdição constitucional ou ativismo judicial? *Revista Constituição e Garantia de Direitos*, v. 10, n. 2, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/download/14792/9810>. Acesso em: 18 abr. 2019.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. Ensino público religioso e confessional: apontamentos a partir da ação direta de inconstitucionalidade 4.439. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*,

Santa Maria, RS, v. 13, n. 3, p. 1069-1097, dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30545> . Acesso em: 16 set. 2019.

OLIVEIRA, Sônia Maria Queiroz de. *Retrospectiva histórica da Justiça no Brasil: sob os auspícios da casa da suplicação até a criação Supremo Tribunal de Justiça (1808 A 1828)*. Disponível em: <http://www.fadivale.com.br/portal/revista-online/revistas/2007/sonia.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2019.

OLIVER, Luciana Zanchetta. *Ativismo Judicial no Brasil e as consequências de sua consolidação*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. São Paulo, 2016.

ORTEGA, Manuel Segura. *La racionalidad jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998.

ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.

OTERO, Paulo. A crise do Estado de direitos fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva.; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos (Org.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo:Saraiva, 2005.

OTTO, Ignácio de. *Derecho constitucional*. Sistema de fuentes. Barcelona: Ariel, 2007.

PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PAES, Leila Maria Ferreira. *O controle de constitucionalidade no poder judiciário e a democracia representativa*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_racion_democ_leila_maria_paes.pdf. Acesso em: 20 abr. 2019.

PAIVA, Paulo. Juristocracia? In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

PAIVA, Rebecca de Souza. *Juristocracia e a efetivação dos direitos fundamentais: tensão entre a forma democrática de governo e o constitucionalismo*. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=f1b0f08180f4711c> Acesso em: 18 abr. 2019.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1969.

PAMPLONA, Danielle; ANDRADE, Manoela. O controle constitucional de políticas públicas no Supremo Tribunal Federal. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 6, n. 3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5691>. Acesso em: 15 abr. 2019.

PASSOS, Daniel Silva. *Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PAULA, Daniel Giotti de. Uma leitura crítica sobre o ativismo e a judicialização da política. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

PAUPERIO, Artur Machado. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEKELIS, Alexander. *La tecla para una ciencia jurídica estimativa*. El actual pensamiento jurídico norteamericano. Buenos Aires: Losada, 1951.

PENA JÚNIOR, Moacir César. *Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La seguridad Jurídica*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1994.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidade de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá, Colombia: Universidad del Externado de Colombia, 2002.

PETER, Chistine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1989.

PIMENTEL, Silvia; VILLELA, Wilza. Um pouco da história da luta feminista pela descriminalização do aborto no Brasil. *Cienc. Cult.* [online]. 2012, vol.64, n.2 [citado 2019-04-15]. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252012000200010&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 15 de abr. de 2019.

PINKER, Steven. *O novo iluminismo*. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo. Tradução Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

PINTO, Hélio Pinheiro. *Juristocracia*. O STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial. Belo Horizonte, 2018.

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, n. 124, p. 43-55, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/%0D/cp/v35n124/a0435124.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2019.

- PIRES, Antonio Fernando. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2016.
- PLATÃO. *A República*. Introdução e notas de Robert Baccou. Tradução J. Guinsburg. Clássicos Garnier. Da difusão europeia do livro. São Paulo, 1965. 1º v. (Coleção Dirigida por Vitor Ramos.)
- POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- POLI, Luciana Costa. O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 14, n. 14.1, p. 210-230, 2013. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/388/339>. Acesso em: 12 jul. 2018.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratados de direito privado*. 2. ed. Campinas: Papirus, 2000.
- POZZOBON, Roberson Henrique. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito Uniritter*, v. 1, n. 10, p. 105, 2011.
- PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro – Parte especial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008. v. 2.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 11. ed. São Paulo: RT, 2013. v. 2.
- PRANDI, Reginaldo,; CARNEIRO, João Luiz. *Em nome do pai*. Justificativas do voto dos deputados federais evangélicos e não evangélicos na abertura do impeachment de Dilma Rousseff. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v33n96/1806-9053-rbcsoc-3396032018.pdf>. Acesso em: 9 set. 2018.
- QUEIROZ, Roosevelt Brasil. *Formação e gestão de políticas públicas*. 3. ed. rev. ampl. Curitiba: Ibplex, 2011.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1961. v. I.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de Arménio Amado. 6. ed. Coimbra, 1997.
- RADKE, Rafael Wagner. *Judicialização e democracia: uma análise do Caso Obergefell v. Hodges* à luz do debate entre constitucionalismo democrático e minimalismo judicial. 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/5768>. Acesso em: 18 mar. 2019.
- RAMOS, Adriana Monteiro. Da falta de normatividade constitucional à judicialização e ao ativismo judicial. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 7, n. 7, p. 232-246, 2010. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?start=30&q=ativismo+judicial&hl=pt-BR&as_sdt=1,5&as_vis=1. Acesso em: 12 jul. 2018.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. *Revista da AGU*, v. 9, n. 24, 2010. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/download/218/143>. Acesso em: 15 jul. 2018.

RANGEL, Gabriel Dolabela Raemy. *A legitimidade do Poder Judiciário no regime democrático: uma reflexão no pós-positivismo*. São Paulo: Laços, 2014.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. 15.tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito – para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. *Gênese e vida dos modelos jurídicos*. O direito como experiência. São Paulo: Saraiva, 2002.

RÊGO, Eduardo de Carvalho. *Superpoder Judiciário: o papel do controle de constitucionalidade na consolidação da juristocracia no Brasil*. Florianópolis, 2018. Disponível em: <http://150.162.242.35/bitstream/handle/123456789/189499/PDPC1360-T.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 abr. 2019.

REISMAN, Leonardo, DE TONI, Jackson. A formação do estado brasileiro e o impacto sobre as políticas públicas. In: MENDES, Gilmar (Org.), PAIVA, Paulo (Org.). *Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

RESENDE, Fabrício Contato Lopes. *O papel do Poder Judiciário no controle da implementação de políticas públicas no Brasil*. A política assistencial do artigo 20 da Lei 8.742/93. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 4, n. 1, abr. 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028/4246>. Acesso em: 10 jul. 2018.

RIBAS, Giovanna; SOUZA, Carlos Frederico. A judicialização das políticas públicas e o Supremo Tribunal Federal. *Revista on-line Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 44, p. 36-50, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/44artigo2.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2019.

RIBEIRO, Agatha Justen Gonçalves. *Democracia participativa no contexto latino-americano: entre o Estado, os heróis e a sociedade civil*. Dissertação (Doutorado em Administração). Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas – FGV-EBAPE. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16984/Agatha%20JustenTese%20de%20Doutorado%20Final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 maio. 2019.

RIBEIRO, Isabela Lessa de Azevedo Pinto. *Judicial activism: the role of judges in a constitutionally appropriate paradigm*. 2008. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em: http://www.unicap.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=362. Acesso em: 15 jul. 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROCHA, Cármen Lucia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Editora LÊ S/A, 1990.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Previsibilidade das decisões judiciais como fator de desenvolvimento. *Revista da Ajuris*, v. 40, n. 132, dez. 2013. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/File/253/188>. Acesso em: 18 abr. 2019.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição da civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *Revista O Direito*, n. 143, 2011.

RODRIGUES, Ana Luíza de Moraes. Ativismo judicial causas e fundamentos. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, 51, 107 (1), p. 141-152, jul.-dez. 2015. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/44/32>. Acesso em: 10 jul. 2018.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

ROJAS GARZÓN, Biviany. *Os direitos constitucionais dos povos indígenas no Judiciário: entre o direito falado e o direito escrito: uma perspectiva comparada do Brasil e da Colômbia*. Brasília: UnB, 2008.

ROQUE, Sebastião José. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2004.

ROSA, Conrado Paulino da. *iFamily – Um novo conceito de família?* São Paulo: Saraiva, 2014.

ROSA, Léo. *A judicialização da vida privada*. Disponível em: <https://leorosa.jusbrasil.com.br/artigos/241904917/a-judicializacao-da-vida-privada>. Acesso em: 11 mar. 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Princípios do direito político. São Paulo: Ed. Pillares, 2013.

RÚBIO, David Sanches; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (orgs.). SANCHÍS, Luis Prieto; BARROSO, Luís Roberto; STRECK, Lenio Luiz *et al.* *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. 2. ed. Porto Alegre: EdPucRS, 2010.

RUSCHEINSKY, Aloisio. Riscos sociais dos deslocados na Colômbia: Condição e processo na violência política. *Dilemas-Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 9, n. 1, 2017. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7676> Acesso em: 17 abr. 2019.

SADEK, Maria Tereza. *Judiciário: mudanças e reformas*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 12 mar. 2019.

SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SAMPAIO, Karinne Fontenele. O controle e a implementação do direito à saúde: a jurisprudência da África do Sul. *Revista Constituição e Garantia de Direitos*. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/download/12255/8484/>. Acesso em: 20 abr. 2019.

SANTIAGO, Marcus Firmino; ASSIS CALSING, Renata de; SANTOS, Júlio Edstron S. A expansão da jurisdição constitucional pela via difusa: um estudo das experiências de Espanha e Itália. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, v. 10, n. 1, p. 232, jan./jun. 2015

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Clarice Nascimento dos. Ações afirmativas e a política de cotas à luz do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, v. 8, n. 8, p. 67. 2011. Disponível em: <http://portal2.unisul.br/content/navitacontent/_userFiles/File/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/monografias_2008a/Clarissa_Nascimento_dos_Santos.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

SANTOS, Luciana; BEZERRA, Fernando. *Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal e a implementação das políticas públicas no Brasil*. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/459a65a7577c0d5d7a4d93d86c0eb53c.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. *Revista de Informação legislativa*, v. 40, n. 158, p. 265-278, abr./jun. 2003. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/862>. Acesso em: 15 jan. 2019.

SANTOS, Paola Lorena Pinto dos. Jurisdição e processo: a necessária superação do protagonismo e do ativismo judicial para a construção de um processo democrático. *Revista da ESMESC*, v. 22, n. 28, p. 193-210, 2015. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/127/106>. Acesso em: 15 jul. 2018.

SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. *Revista de informação legislativa*, v. 44, n. 173, p. 271-284, jan./mar. 2007, 01/2007. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/140970/R173-18.pdf>, p. 281. Acesso em: 6 mar. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seus conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais e estado constitucional*. Estudos em homenagem a J. J. Canotilho. São Paulo: RT, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de direito constitucional*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs); BARCELLOS, Ana Paula de; WANG, Daniel Wei Liang; MELLO, Danielle *et al.* *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016.

SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais*. Estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: JusPodivm, 2012.

SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e a igualdade étnico- racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins de (coord). *Ordem jurídica e igualdade étnico racial*. Brasília: Lumem Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SATHE, S. P. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Disponível em: <http://files.camolinaro.net/200000426-33a4135980/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf> Acesso em: 17 abr. 2019.

SATHE, S. P. India: From Positivism to Structuralism. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Org.). *Interpreting constitutions: a comparative study*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia jurídica*. Tradução para o português Hebe A-M. Caletti Marengo; adequação linguística Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas: Edicamp, 2001.

SCHMIDT NETO, André Perin. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil (Resenha dos textos de Luiz Werneck Vianna). *Revista da Faculdade de Direito UniRitter*, Porto Alegre, n. 10, 2009.

SCHWARTZ, Norberto. *Noções de direito*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SCOVILLE, Eduardo H. Martins L; OLIVEIRA, Gilson Batista de. As contribuições e o pensamento de John Stuart Mill no campo da economia. *Revista FAE – Centro Universitário de Curitiba*, v. 17, n. 1, p. 80-95, jan./jun. 2014.

SECCO, Orlando de Almeida. *Introdução ao estudo do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SEIXAS, Bernardo Silva de; SOUZA, Roberta Kelly Silva. *O controle concentrado de constitucionalidade por omissão no Brasil e em Portugal*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a2249681547227a5>. Acesso em: 21 abr. 2019.

SÉLLOS, Viviane; KNOERR, Fernando Gustavo. O estado prestador de serviços e o controle judicial: um estudo comparativo entre Brasil e Portugal. *Revista Brasileira de Direito*, v. 13, n. 3, p. 561-562, 2017.

SERRANO, Pablo Jiménez. *Interpretação jurídica*. São Paulo: Desafio Cultural, 2002.

SHNAID, David. *Filosofia do direito e interpretação*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*. Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 11. ed. Atualizado de acordo com o novo CPC e com a Lei 13.256, de 04.02.2016. São Paulo: GEN – Forense, 2016.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. A Suprema Corte dos Estados Unidos e o direito à intimidade. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ns. 28 e 29, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/bc-28-e-29/a-suprema-corte-dos-estados-unidos-e-o-direito-a-intimidade>. Acesso em: 16 abr. 2019.

SILVA STARLING, Sheyla Cristina da. A Súmula n. 231 do STJ e a argumentação *contra legem*. *Revista Jurídica*, v. 3, n. 1, 2016. Disponível em: <http://periodicos.redebatista.edu.br/index.php/RJ/article/download/152/130>. Acesso em: 19 mar. 2019.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v.5, Número Especial, 2015.

SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN. Melina Girardi (coords.). NOWAK, Bruna (Org.). BARCELLOS. Ana Paula; BARBOZA. Estefânia Maria de Queiroz; CHUEIRI, Vera Karam de *et al. Constitucionalismo feminista*. Salvador: JusPodivm, 2018.

SILVA, Danúbia Cantieri. A tutela constitucional da vida embrionária: a ADI 3510 à luz do ativismo judicial. O seu portal jurídico na Internet. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15430. Acesso em: 14 jan. 2019.

SILVA, Diogo Bacha e. Ativismo judicial ou contrarrevolução jurídica? Em busca da identidade social do Poder Judiciário. *Revista de Informação Legislativa*, v. 53, n. 210, p. 165-179, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/522904/001073201.pdf?sequence=1>. Acesso em: 7 mar. 2019.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Paulo Maycon Costa da. Jurisdição constitucional na Colômbia e o poder político do cidadão diante da Corte Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 203,

jul./set. 2014. Disponível em https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n203_p185.pdf Acesso em: 17 abr. 2019.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito fundamental à saúde*. O dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVA, Tatiana Mareto. O constitucionalismo pós-Segunda Guerra Mundial e o crescente ativismo judicial no Brasil: uma análise da evolução do papel do Poder Judiciário para a efetivação das constituições substancialistas. *Revista de Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 270-288, jan.-jun. 2016.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios & contrapesos: checks and balances*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVÉRIO, Valter Roberto. O papel das ações afirmativas em contextos racializados: algumas anotações sobre o debate brasileiro In: GONÇALVES, Petronilha Beatriz; SILVÉRIO, Valter Roberto (Orgs.). *Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica*. Brasília: Inep/MEC, 2003.

SIMÕES, Bruna Carvalho Alves. *A evolução do constitucionalismo*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-evolucao-do-constitucionalismo,47359.html>. Acesso em: 15 fev. 2018.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Jurisdição constitucional política*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SISS, Ahyas. *Afro-brasileiros, cotas e ação afirmativa: razões históricas*. Rio de Janeiro: PENESB, 2003.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. *Ativismo judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política*. 2010. 206 f. Dissertação (Doutorado) – Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) – UERJ, 2010. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/5244>. Acesso em: 10 jul. 2019.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de teoria geral do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial no Brasil: uma definição. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 8, n. 1, p. 590-622, 2013. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5514/2937>. Acesso em: 15 jul. 2018.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as questões jurídicas*. Síntese: Porto Alegre, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; BERCOVICI, Gilberto; *et al.* *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

SOUZA, Raphael Ramos Monteiro de. Cortes Constitucionais e a publicidade das deliberações: um panorama Brasil-Espanha. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – FA Belo Horizonte, ano 11, n. 124, jun. 2011. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/16027825.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2019.

SOUZA, Thiago Serrano Pinheiro de. O papel das cortes constitucionais brasileira e sul-africana no reconhecimento da união homoafetiva. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, IBDFAM, vol. 36. out./nov. 2013.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; TRAMONTINA, Robison. Direitos fundamentais sociais em cortes constitucionais: o caso Grootboom – tradução e comentários. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 17, n. 1, p. 288, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. *30 anos da CF em julgamentos: uma radiografia do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law* [EJL], [S.l.], v. 17, n. 3, dez. 2016. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/12206>. Acesso em: 11 jul. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law* [EJL], [S.l.], v. 17, n. 3, p. 721-732, dez. 2016. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1220>. Acesso em: 11 jul. 2018.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. *O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 18 abr. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. *O Supremo, o contramajoritarismo e o “Pomo de ouro”*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-Supremo> Tribunal Federal-contramajoritarismo-pomo-ouro. Acesso em: 13 mar. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. A autoridade simbólica do Supremo Tribunal Federal: elementos para compreender a supremacia judicial no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*. Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 101 e 102, maio/ago. 2018.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES FILHO, Newton. Tribunais Constitucionais. *Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados*. fev. 2009. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1571/tribunais_constitucionais_tavares.pdf?sequence=4. Acesso em: 20 abr. 2019.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 37-57, jan. 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966/22722>. Acesso em: 10 jul. 2018.

THOMAS, Shaji; PINHEIRO, Elysângela Sousa, Alimentação como direito social na Índia e no Brasil: breve análise comparativa. In: GONSALVEZ, C; KUMAR, P.R; SRIVASTAVA, A.K. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 13, n. 101, out. 2011/jan. 2012.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracia na América*. Edição condensada para o leitor moderno, por Richard D. Heffener. Tradução João Miguel Pinto de Albuquerque. Revisão de Anísio Teixeira. São Paulo: Companhia Editora Nacional da Universidade de São Paulo, 1969.

TOMIO, Fabricio Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Controle abstrato e concentrado de constitucionalidade comparado (Brasil, Portugal e Angola) e seus efeitos nas instituições sociais e jurídicas. *Revista História: Debates e Tendências*, v. 15, p. 188, n. 1, 2015.

TONELLI, Maria Luiza. *Todas as ditaduras do século 20 foram jurídicas*. Entrevista concedida a João Vitor Santos Revista do Instituto Humanitas Unisinos, São Leopoldo/RS, n. 494, ano XV, 2016.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL declara que o casamento entre homossexuais não viola a Constituição. Observatório das Desigualdades. Disponível em: <http://observatorio-das-desigualdades.cies.iscte.pt/index.jsp?page=news&id=96>. Acesso em: 20 abr. 2019.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 53, jun. 2011. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30764>. Acesso em: 16 jul. 2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE, *Bureau of International Information Programs. Outline of U.S. Government*. Revised 2013. Disponível em: https://static.america.gov/uploads/sites/8/2018/09/1310_Outline_of_US_Government_English_Reader-Edition_Lo-Res-1.pdf. Acesso em: 20 abr. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court of the United States. *The Justices' Caseload*. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/about/justicecaseload.aspx>. Acesso em: 20 abr. 2019.

UNITED STATES. The Court and Constitutional Interpretation. *In: 100 Scholastic*. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/about/constitutional.aspx>. Acesso em: 20 abr. 2019.

USTÁRROZ, Elisa. A fiscalização de constitucionalidade em Portugal. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2346. Acesso em: 21 abr. 2019.

VALE, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

VALLE, Vanice Regina Lírío do. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírío do. *Sindicar a omissão legislativa: real desafio à harmonia entre os poderes*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

VALLE, Vanice Regina Lírío do; GOUVÊA, Carina Barbosa, Direito à moradia no Brasil e na Colômbia: Uma perspectiva comparativa em favor de um construtivismo judicial. *In: DOMINGOS, Terezinha de Oliveira; MIELKE, Jaqueline; FERRI, Caroline (Orgs.). XXIII Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

VALLE, Vanice Regina Lírío; HUNGRIA, Ana Luiza Hadju. Implementação gradual de direitos socioeconômicos: construtivismo constitucional na Corte Constitucional sul-africana. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, p. 228-229, jul./dez. 2012.

VASCONCELLOS, Fábio. *Na relação com o PIB, Judiciário brasileiro custa quatro vezes o registrado na Alemanha*. Disponível em: <http://blogs.oglobo.globo.com/na-base-dos-dados/post/custo-relativo-ao-pib-do-judiciario-brasileiro-e-quatro-vezes-o-registrado-na-alemanha.html>. Acesso em: 19 jan. 2018.

VASCONCELOS, Clever. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas, 2004.

VERBICARO, Loiane; MACHADO, Ana Victória; SOARES, Dennis. *Mídia, opinião pública e judiciário: o declínio da política e a construção de uma sociedade hiperjudicializada*. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/696vp84u/bloco-unico/edbn42J577rRkNay.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2019.

VERNEY, Douglas. O parlamentarismo. In: CARDOSO, Fernando Henrique; MARTINS, Carlos Estevam. *Política & Sociedade*. São Paulo: Nacional, 1979. v. 1.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. 5. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

VIEIRA JÚNIOR, Dicesar Beches. *Neoconstitucionalismo: definição, crítica e concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constitucaoegarantia/dedireitos/article/view/5798>. Acesso em: 16 fev. 2018.

VIEIRA JÚNIOR, Dicesar Beches; MOURA BORGES, Antônio de. Neoconstitucionalismo: definição, crítica e concretização dos direitos fundamentais. *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília: Escola de Direito*, v. 9, n. 1, p. 107-140, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/5055>. Acesso em: 18 mar. 2019.

VIEIRA, André Luis. Ativismo judicial: evolução, relevância e limites. *Revista Brasileira de Direito Público (RBDP)*, [S.l.], ano 1, n. 3, p. 201-236, 2015. Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/3/2015_03_0201_0236.pdf. Acesso em: 7 jul. 2018.

VIEIRA, José Ribas. Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. *Estação Científica*, Juiz de Fora: Ed. Especial Direito, v. 1, n. 4, out.-nov. 2009. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/4302/artigo-3-revisado.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Diálogo constitucional. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). *A razão e o voto*. Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: RT, 1994.

VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri *et al.* *Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10959>. Acesso em: 18 mar. 2019.

VIEIRA, Samuel. *A judicialização de políticas públicas no estado do bem-estar social (Welfare State): considerações sobre a abrangência da atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos sociais previstos no texto constitucional brasileiro*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-judicializacao-de-politicas-publicas-no-estado-do-bem-estar-social-welfare-state-consideracoes-sobre-a-abran,590286.html>. Acesso em: 3 abr. 2019.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Hermenêutica e interpretação jurídica – hermenêutica constitucional*. Brasília: Fundação Universa, 2003.

VILHENA, Oscar; BAXI, Upendra; VILJOEN, Frans. *Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa*. Pretoria University Law Press. 2013. Disponível em: <http://www.pulp.up.ac.za/edited-collections/transformative-constitutionalism-comparing-the-apex-courts-of-brazil-india-and-south-africa>. Acesso em: 21 abr. 2019

VIRILIO, Paul. *A inércia polar*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1993.

WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Tradução Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2015.

WERNECK VIANNA, Luiz. O ativismo judicial mal compreendido. *Boletim CEDES* [on-line], Rio de Janeiro, jul.-ago. 2008, p. 3-5. Disponível em: <http://www.cedes.iuperj.br>. Acesso em: 9 jul. 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: Ecliar, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Tradução Monica de Sanctis Viana. 1. ed. 2. tir. Série IDP- Instituto Brasiliense de Direito Público. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação dos Poderes e o Estado Democrático Constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual Brasileira – RBDPro*, Belo Horizonte: Fórum, ano 18, n. 70, p. 240-242, abr./jun. 2010.